



GMINA STRYKÓW

95-010 Stryków, ul. Kościuszki 27
tel. 42 719 80 02, 42 719 96 73 fax. 42 719 81 93

www.strykow.pl, www.bip.strykow.pl, e-mail: strykow@strykow.pl

Stryków, 12.02.2015 r.

IZP.271.5.2015

Dotyczy przetargu na zadanie pn: „Przebudowa i remont dróg gminnych i powiatowych na terenie Gminy Stryków w 2015 roku”

Przekazujemy Państwu pytania i odpowiedzi na zadane pytania:

Dotyczy: Zamówienia publicznego pn.: „Przebudowa i remont dróg gminnych i powiatowych na terenie Gminy Stryków w 2015 roku”

Pytanie 1:

Wykonawca wnosi o wprowadzenie do SIWZ § 6 ust. 2, załącznik nr 1 – formularz ofertowy, oraz od wzoru Umowy w §6 ust. 5, §6 ust. 9 i 10, §13 ust. 5 kategorii „wada istotna”, a tym samym usunięcie z treści SIWZ oraz umowy postanowień dotyczących Protokołu Odbioru „bez uwag” bądź „bez zastrzeżeń”.

Zamawiający w ramach postanowień umownych uniemożliwia dokonanie odbioru robót budowlanych stanowiących przedmiot umowy, w przypadku stwierdzenia jakichkolwiek wad robót, tym samym uzależniając płatność wynagrodzenia, a także zwolnienie zatrzymanej przez Zamawiającego części zabezpieczenia należytego wykonania Umowy od całkowitej niewadliwości robót, co jest niedopuszczalne.

Zgodnie z przyjętą przez doktrynę i Sądy wykładnią, samo stwierdzenie istnienia wad robót przy ich odbiorze, nie w każdym przypadku rodzi skutki niewykonania zobowiązania, a co za tym idzie, niepowstania związanego z nim zobowiązania wzajemnego. Wykonanie robót z wadami może być równoznaczne, albo z niewykonaniem zobowiązania albo z nienależyтым wykonaniem zobowiązania. Na gruncie umowy o roboty budowlane można przyjąć, że niewykonanie zobowiązania wchodzi w grę gdy wada jest istotna, a więc uniemożliwia czynienie właściwego użytku z przedmiotu robót, wyłącza ich normalne wykorzystanie zgodnie z celem Umowy, albo odbiera im cechy właściwe lub wyraźnie zastrzeżone w umowie, istotnie zmniejszające ich wartość. Natomiast pozostałe wady, świadczą tylko o nienależyтым wykonaniu zobowiązania.

Jedynie wady istotne uzasadniają odmowę odbioru robót, a co za tym idzie rzutują na kwestie wymagalności roszczenia o wynagrodzenie za wykonane roboty. Sąd Apelacyjny w Katowicach w wyroku z dnia 30 marca 2006 r. I ACa 1900/05 stwierdził, iż wady nieistotne oznaczają wykonanie zobowiązania, ale w sposób nienależyty co do jakości, rzutując na uprawnienie inwestora, który może domagać się ich usunięcia w oznaczonym terminie bądź obniżenia wynagrodzenia.

Z powyższego wynika, iż w przypadku wykonania umówionego zakresu robót i zgłoszenia ich do odbioru po stronie Zamawiającego pozostanie obowiązek zapłaty wynagrodzenia za wykonane roboty nawet jeżeli w treści protokołu zostały zgłoszone wady lub usterki nieistotne. W takim przypadku Zamawiający powinien dokonać odbioru zgłoszonych robót, a w treści protokołu powinny zostać zapisane ustalenia co do zakresu wykonanych robót, ich jakości i ewentualnych stwierdzonych usterek oraz ich charakter wraz z terminem ich usunięcia (Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 marca 1997 r. II CKN 28/97).

Zgodnie z przywołanym powyżej wyrokiem Sądu Najwyższego, protokół odbioru jest jedynie pokwitowaniem spełnienia świadczenia w określonym terminie (świadczenie zostało spełnione z dniem zgłoszenia robót do odbioru) i podstawą do dokonania rozliczeń pomiędzy stronami.

W ww. kontekście Zamawiający ma obowiązek odbioru obiektu budowlanego wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej, a strony umowy o roboty budowlane nie mogą uzależnić wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy od braku jakichkolwiek usterek (por. Wyrok Sadu Najwyższego z dnia 22 czerwca 2007 r. VCSK 99/07). Wykluczenie istnienia jakichkolwiek wad w chwili oddania obiektu budowlanego naruszałoby równowagę między inwestorem a wykonawcą, pozostawiając wykonawcę w niepewności odnośnie wynagrodzenia, w tym zwrotu poniesionych nakładów.

Wskazane postanowienia SIWZ oraz Wzoru Umowy, uzależniające dokonanie odbioru robót od braku jakichkolwiek wad czy usterek uznać należy za naruszające przepis art. 14 i 139 ust. 1 PZP w zw. z art. 647 KC w

zw. z art. 57 ustawy Prawo Budowlane. Podkreślenia w tym kontekście wymaga, iż czynność odbioru robót nie jest elementem robót budowlanych, lecz obowiązkiem Inwestora wynikającym z art. 647 KC.

Pytanie 2:

Zgodnie z postanowieniem wzoru umowy §9 Wykonawca zwraca się z prośbą do Zamawiającego o zamianę kar umownych za opóźnienie (...) na karę umowną 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 POIiŚ „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.”

Pytanie 3:

W związku z postanowieniami wzoru umowy §13 Wykonawca zwraca się z prośbą do Zamawiającego o wprowadzenie limitu kar umownych na poziomie 10% wynagrodzenia brutto.

Pytanie 4:

W związku z postanowieniami wzoru umowy §9 Wykonawca zwraca się z prośbą do Zamawiającego o wprowadzenie dodatkowego ustępu we wskazanym powyżej paragrafie o następującej treści: Zamawiający zapłaci Wykonawcy karę umowną z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego w wysokości 10% wynagrodzenia umownego określonego w §6 ust. 1 umowy.

Pytanie 5:

Wykonawca zwraca się do Zamawiającego z wnioskiem o potwierdzenie właściwego rozumienia przez Wykonawcę postanowienia w § 6 ust. 3 Umowy, w brzmieniu: Niedoszacowanie, pominięcie oraz brak rozpoznania zakresu przedmiotu umowy nie może być podstawą do żądania zmiany wynagrodzenia ryczałtowego określonego w ust. 1 niniejszego paragrafu.

Wykonawca interpretuje ww. postanowienie umowne zgodnie z Wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 lutego 2014 r. w sprawach połączonych prowadzonych pod sygn. KIO 139/14; KIO 148/14; KIO 150/14 tj., iż niezmiennosc wysokości wynagrodzenia ryczałtowego nie ma charakteru bezwzględnej. Wynagrodzenie to ustalane jest w określonej kwocie - nieulegającej zmianie w trakcie wykonywania dzieła - w odniesieniu do konkretnego dzieła i zakresu prac wymaganych do wykonania dzieła. Zmiana zaś zakresu prac wymaganych do wykonania dzieła odnosi ten skutek, że odpada podstawa określenia pierwotnego wynagrodzenia (ryczałtowego). Skoro przyjmując zamówienie ma wykonać dzieło w innym kształcie czy w inny sposób niż pierwotnie ustalony, wynagrodzenie z tego tytułu nie może pozostać bez zmian. Tylko wówczas, gdy wykonawca z pominięciem opisu przedmiotu zamówienia nie ujął w oszacowaniu ceny oferty koniecznych elementów - nie ma prawa domagać się podwyższenia wynagrodzenia z tego tytułu.

Izba wskazała również, iż Zamawiający w ogólności nie może być pozbawiony możliwości wprowadzania zmian do zakresu zamówienia, gdy warunkuje to osiągnięcie zakładanych celów danej inwestycji. Nie w każdym wypadku konieczne jest korzystanie z zamówień uzupełniających, czy zamówień dodatkowych obwarowanych spełnieniem odrębnych przesłanek ustawowych.

Wykonawca składając oświadczenie w ofercie, że akceptuje warunki SIWZ i czyni je przez to przedmiotem swojej oferty, zatem w przypadkach przewidzianych w SIWZ zmian, nie dochodzi do naruszenia art. 140 ust. 1 i 3 p.z.p. i art. 144 p.z.p., gdyż zakres świadczenia wykonawcy pozostaje tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie.

Stanowisko powyższe zdaniem Wykonawcy w pełnym zakresie jest akceptowane przez Zamawiającego w świetle uregulowań umownych w zakresie uprawniającym do zmiany wynagrodzenia zawartym w §14 Umowy oraz SIWZ.

Udzielone odpowiedzi:

Odpowiedź na pytanie nr 1.

Zamawiający nie wyraża zgody na proponowane zmiany. Zapisy SWIZ oraz wzoru umowy w tym zakresie pozostają bez zmian. Zamawiający wskazuje jednocześnie, że jako jednostka sektora finansów publicznych jest zobowiązany do wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku prawidłowego wykonania całości zamówienia. Zamawiający stoi na stanowisku, że podmiot składający ofertę o udzielenie zamówienia publicznego wyraża zgodę na taki system rozliczeń, który obowiązywać będzie między stronami zgodnie z treścią SWIZ oraz wzoru umowy.

Odpowiedź na pytanie nr 2.

Zamawiający nie wyraża zgody na proponowane zmiany. Zapisy SWIZ w tym zakresie pozostają bez zmian. Zamawiający wyjaśnia jednocześnie, iż w granicach swobody kontraktowej istnieje możliwość umownego ukształtowania zakresu odpowiedzialności, kompensacji i oraz rozkładu ryzyka ponoszenia skutków niewykonania zobowiązania.

Opóźnienie i zwłoka oraz związane z nimi skutki dla stron umowy regulują właściwe przepisy Kodeksu Cywilnego. W obu przypadkach mamy do czynienia z nieterminowością wykonania przyjętych zobowiązań, jednak pojęcie opóźnienia jest szersze od pojęcia zwłoki. Jak wskazuje się w orzecznictwie (por. wyrok SN z dnia 16 stycznia 2013 r., II CSK 331/12) i piśmiennictwie, od kary umownej odróżnić należy dopuszczalne zastrzeżenie o charakterze gwarancyjnym, nakładające obowiązek zapłaty określonej kwoty pieniężnej w razie niewykonania (niewłaściwego wykonania) zobowiązania wskutek okoliczności, za które dłużnik nie ponosi odpowiedzialności, do którego nie stosuje się przepisów o karze umownej. Kara umowna może być zastrzeżona w kontrakcie zarówno za zwłokę, jak i tzw. opóźnienie proste, polegające na niespełnieniu świadczenia w oznaczonym terminie.

Podkreślić jednak należy, że obowiązek zapłaty kary umownej za opóźnienie powstaje wówczas, gdy naruszenie zobowiązania powstało na skutek okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Stanowi ona bowiem surogat odszkodowania mającego kompensować negatywną dla wierzyciela konsekwencję wynikającą z niewykonania bądź nienależytego wykonania zobowiązania i z woli stron zostaje powiązana z określoną postacią nienależytego wykonania zobowiązania bądź jako następstwo niewykonania zobowiązania. W tym drugim wypadku (za opóźnienie) chroniony jest szczególnie interes wierzyciela polegający na terminowym wykonaniu zobowiązania, istotny zwłaszcza w tzw. zobowiązaniach terminowych. Brak podstawy dla nakładania na strony obowiązku wskazywania w umowie, zastrzegającej obowiązek zapłaty określonej kwoty pieniężnej za opóźnienie w wykonaniu zobowiązania, dodatkowych okoliczności opóźnienia, które miałyby wystąpić po stronie dłużnika, zatem ich wprowadzenie zależy od woli stron.

Z powyższych względów strony decydują o tym, czy odpowiedzialność dłużnika dotyczy niewykonania bądź nienależytego wykonania zobowiązania z przyczyn od niego zależnych, czy też odpowiedzialność ta jest rozszerzona. Zamawiający nie wyraża zgody na dokonanie zamiany sformułowania: „opóźnienia” na „zwłokę”, gdyż uprawnienia strony dotkniętej zwłoką bądź opóźnieniem znacznie się różnią.

Odpowiedź na pytanie 3.

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę.

Odpowiedź na pytanie 4.

Zamawiający wprowadza zapis do umowy o następującej treści: **Zamawiający zapłaci Wykonawcy karę umowną z tytułu odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego w wysokości 10% wynagrodzenia umownego określonego w §6 ust. 1 umowy.**

Odpowiedź na pytanie 5.

Zgodnie z postanowieniami SIWZ zamawiający przewidział wynagrodzenie ryczałtowe w przedmiotowym zamówieniu. Charakter wynagrodzenia ryczałtowego przesądza o tym, iż cena jest co do zasady niezmienna przez cały okres realizacji zamówienia. W związku z czym zapisy SIWZ wskazują, jednoznacznie iż wykonawca powinien rzetelnie wycenić ofertę biorąc pod uwagę charakter wynagrodzenia. W związku z tym winien uwzględnić w cenie oferty wszystkie koszty warunkujące realizację umowy, zarówno te wynikające z dokumentacji projektowej załączonej do SIWZ (projektu budowlanego), jak i winien doliczyć wszelkie pozostałe koszty, bez których realizacja zamówienia nie będzie możliwa. Całe ryzyko z nieprawidłową wyceną zamówienia spoczywa na wykonawcy. W przypadku zwiększenia rozmiaru robót lub wzrostu kosztów wykonawcy nie będzie przysługiwać roszczenie o podwyższenie wynagrodzenia. Ewentualne roboty dodatkowe (nieobjęte zamówieniem podstawowym) mogą być realizowane na podstawie odrębnych umów, co zostało przewidziane w § 14 wzoru umowy.

W zakresie zamówienia podstawowego zamawiający oczekuje, iż zawrze umowę z profesjonalnym podmiotem wykonującym zawodowo usługi stanowiące przedmiot zamówienia, który to będzie potrafił właściwie określić i wycenić zakres prac niezbędnych do uzyskania zakresu rzeczowego i celu zamówienia, nawet jeśli poszczególne prace nie wynikają jednoznacznie z opisu technicznych warunków zamówienia.