

Znak sprawy: INP.271.11.2020

Poniatowa, dnia 12 czerwca 2020 r.

-Wykonawcy biorący udział w postępowaniu-

dotyczy: przetargu nieograniczonego pn. „Modernizacja budynku przy ul. Szkolnej 9 w Poniatowej w celu nadania mu funkcji społecznych wraz z uporządkowaniem terenu i zagospodarowaniem przestrzeni publicznej,,

A. Na podstawie art. 38 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz.1843 z późn. zm.) Zamawiający – Gmina Poniatowa, przekazuje treść zapytania dotyczącego Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), które wpłynęło do Zamawiającego w dniu 10.06.2020 r. wraz z udzieloną odpowiedzią.

1. Czy Zamawiający zgodzi się na zmianę postanowień § 4 ust. 3 wzoru umowy poprzez zastąpienie ich zapisem: „§ 4 ust. 3 W przypadku niedopełnienia przez Wykonawcę obowiązków, o których mowa w:
 - 1) § 2 ust. 4 Wykonawca zobowiązany będzie do zapłaty kary, o której mowa w § 14 ust. 1 pkt 1 lit. k.
 - 2) § 3 ust. 9 Wykonawca będzie zobowiązany do zapłaty kary, o której mowa w § 14 ust. 1 pkt 1 lit. p.”?

Odpowiedź:

Zamawiający pozostawia zapisy bez zmian.

2. Czy Zamawiający zgodzi się na zmianę postanowień § 6 ust. 9 wzoru umowy poprzez zastąpienie ich zapisem:
§ 6 ust. 9. Jeżeli w toku czynności odbioru zostaną stwierdzone wady, Zamawiającemu przysługują następujące uprawnienia:
 - 1) *jeżeli wady nadają się do usunięcia, jednak uniemożliwiają użytkowanie przedmiotu zamówienia zgodnie z przeznaczeniem i zachowaniem zasad bezpieczeństwa / wady istotne/ Zamawiający odmówi odbioru do czasu usunięcia wad istotnych i wyznaczy termin ich usunięcia;*
 - 2) *jeżeli wady nadają się do usunięcia i nie stanowią przeszkody w użytkowaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z przeznaczeniem i zachowaniem zasad bezpieczeństwa / wady nieistotne/ Zamawiający odbierze przedmiot zamówienia wyznaczając termin ich usunięcia.”?*

Zgodnie z postanowieniami wzoru umowy analogiczne przesłanki naliczenia kar umownych zostały przewidziane w treści postanowień § 14 ust. 1 pkt. 1 lit. e) wzoru umowy. W związku z powyższym zwracamy się o pozostawienie zapisu o treści wskazanej powyżej poprzez usunięcie kwestionowanego zapisu.

Odpowiedź:

Zamawiający dokonuje zmiany treści § 6 ust. 9 umowy, który otrzymuje brzmienie:

Jeżeli w toku czynności odbioru zostaną stwierdzone wady, Zamawiającemu przysługują następujące uprawnienia:

- 1) jeżeli wady nadają się do usunięcia, jednak uniemożliwiają użytkowanie przedmiotu zamówienia zgodnie z przeznaczeniem i zachowaniem zasad bezpieczeństwa /wady istotne/ Zamawiający odmówi odbioru do czasu usunięcia wad istotnych i wyznaczy termin ich usunięcia;**
- 2) jeżeli wady nadają się do usunięcia i nie stanowią przeszkody w użytkowaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z przeznaczeniem i zachowaniem zasad bezpieczeństwa /wady nieistotne/ Zamawiający odbierze przedmiot zamówienia wyznaczając termin ich usunięcia.**
- 3) jeżeli wady nie nadają się do usunięcia, Zamawiający może:**
 - 1. obniżyć wynagrodzenie, jeżeli wady nie uniemożliwiają użytkowania przedmiotu odbioru zgodnie z przeznaczeniem,**
 - 2. odstąpić od umowy lub żądać ponownego wykonania przedmiotu zamówienia, jeżeli wady uniemożliwiają użytkowanie przedmiotu zamówienia zgodnie z przeznaczeniem.**

3. Czy Zamawiający zgodzi się na zmianę postanowień § 14 ust. 1 pkt. 1 lit. o) wzoru umowy cyt. „za opóźnienie w dostarczeniu dokumentów, o których mowa w § 2 ust. 10 pkt 5 - w wysokości po 500,00 złotych za każdy dzień opóźnienia liczonego od terminu, o którym mowa w § 2 ust. 11.” poprzez ich wykreślenie?

Zapis § 2 ust. 10 wzoru umowy stanowi bowiem cyt. „Rozpoczęcie realizacji robót budowlanych powinno nastąpić w terminie umożliwiającym zachowanie zgodności z Harmonogramem rzeczowo-finansowym stanowiącym załącznik nr 4 do umowy.”, w treści wzoru umowy nie występuje jednostka redakcyjna odnosząca się do sankcji przewidzianej w treści § 14 ust. 1 pkt. 1 lit. o) wzoru umowy.

Odpowiedź:

Zamawiający dokonuje zmiany treści poprzez wykreślenie § 14 ust. 1 pkt 1 lit o) umowy.

4. Czy Zamawiający zgodzi się na zmianę postanowień § 14 ust. 5, § 15 ust. 4 i 5 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).

Odpowiedź:

Zamawiający pozostawia zapisy bez zmian, przy czym informuje, że zapis postanowień § 14 ust. 5 i § 15 ust. 4 umowy nie dotyczy kar, których zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego nie można kumulować.

5. Czy Zamawiający zgodzi się na zmianę postanowień § 16 ust. 1 lit. J) wzoru umowy poprzez ich wykreślenie?

Zgodnie z postanowieniami § 8 ust. 19 wzoru umowy możliwa jest zmiana albo rezygnacja z podwykonawcy na którego zasoby Wykonawca powoływał się, na zasadach określonych w art. 22a ust. 1 ustawy – Prawo zamówień publicznych, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, po spełnieniu warunków określonych w treści zapisów § 8 ust. 19. Brak jest zatem podstaw do odstąpienia od umowy z tytułu naruszenia postanowień § 8 ust. 1 wzoru Umowy.

Odpowiedź:

Zamawiający pozostawia zapisy bez zmian. Dokonanie zmiany albo rezygnacji z podwykonawcy na podstawie §8 ust. 19 w sposób zgodny z przepisami prawa zamówień publicznych i treścią umowy, skutkować będzie zmianą § 8 ust. 1 umowy i w efekcie wyeliminuje podstawy odstąpienia od umowy.

6. Czy Zamawiający zgodzi się na zmianę postanowień § 16 ust. 1 lit. k) wzoru umowy poprzez ich wykreślenie?

Przesłanki do naliczenia kar umownych z analogicznego tytułu zostały już przewidziane w treści § 15 ust. 1 lit. l i lit. m. Pozostawienie tych zapisów powoduje, iż sytuacja prawna Wykonawcy nie jest jasno określona, ponieważ Zamawiający ma prawo naliczyć kary określone w treści § 15 ust. 1 lit. l i lit. m., jak i odstąpić od umowy na podstawie § 16 ust. 1 lit. k) z jednoczesnym naliczeniem kar z tytułu odstąpienia od Umowy.

Odpowiedź:

Zamawiający pozostawia zapisy bez zmian. Odstąpienie od umowy jest uprawnieniem z którego może skorzystać Zamawiający ale nie musi. Jeżeli Zamawiający skorzysta z odstąpienia od Umowy z powodu zaistnienia przesłanki, o której mowa w § 16 ust. 1 lit. k) wówczas naliczy karę w wysokości za odstąpienie. Jednakże jeżeli nie skorzysta z tego uprawnienia będzie mógł naliczyć karę, o której mowa w § 14 ust. 1 lit. l i lit. m. Wykreślenie zapisu § 16 ust. 1 lit. k) umowy pozbawiałoby Zamawiającego do jej odstąpienia w przypadku wystąpienia powyższej przyczyny a to nie jest w interesie Zamawiającego.

7. Czy Zamawiający zgodzi się na zmianę postanowień § 16 ust. 1 lit. p) wzoru umowy poprzez ich wykreślenie?

Wykonawca podnosi, iż przesłanki do naliczenia kar umownych powinny być określone poprzez zawarcie w treści umowy zapisów precyzyjnych i jasnych dających możliwość jednoznacznego zidentyfikowania okoliczności stanowiących podstawę do naliczenia kar umownych. Ponadto zaproponowane przez Zamawiającego zapisy, kwestionowane powyżej uniemożliwiają właściwe oszacowanie ryzyka kontraktowego po stronie Wykonawcy, gdyż w sposób nieprecyzyjny wskazują na bliżej nieokreśloną grupę naruszeń realizacji Umowy, które będą sankcjonowane przez Zamawiającego. „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).

Odpowiedź:

Zamawiający dokonuje zmiany treści poprzez wykreślenie § 16 lit p) umowy.

8. Czy Zamawiający zgodzi się na zmianę postanowień § 16 wzoru umowy poprzez wprowadzenie zapisu ust. 16, który stanowiącego „Wykonawcy przysługuje prawo odstąpienia od Umowy w terminie 30 dni od wystąpienia następujących okoliczności :

- 1) Opóźnienie Zamawiającego w przekazaniu Dokumentacji projektowej lub Terenu budowy, przekracza 10 dni
- 2) Zamawiający nie wywiązuje się z obowiązku zapłaty faktur mimo dodatkowego wezwania w terminie 2 miesięcy od upływu terminu na zapłatę faktur;
- 3) Zamawiający odmawia bez uzasadnionej przyczyny odbioru robót lub podpisania protokołu odbioru”?

Odpowiedź:

Zamawiający pozostawia zapisy bez zmian.

9. Czy Zamawiający zgodzi się na zmianę postanowień § 16 wzoru umowy poprzez wprowadzenie zapisu ust. 17:

„Zamawiający zobowiązany jest do zapłaty Wykonawcy kar umownych z tytułu odstąpienia od umowy w następujących przypadkach i wysokościach:

- 1) z tytułu odstąpienia przez Wykonawcę od umowy z przyczyn zależnych od Zamawiającego – w wysokości 10% łącznego wynagrodzenia, o którym mowa w § 3 ust. 1.?”

Kary umowne w wysokości proponowanej przez Wykonawcę w sposób wystarczający zabezpieczają interesy Zamawiającego, zaś ich przyjęcie w wysokości określonej w umowie w sposób istotny zwiększa ryzyko kontraktowe, które wpływa na cenę ustaloną w ofercie Wykonawcy. Maksymalizacja kar umownych, a zatem podnoszenie ryzyka po stronie Wykonawcy, musi zostać uwzględniona 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 „*Konsekwencje zawarcia w załączonym do SIWZ wzorze umowy postanowienia przewidującego karę umowną w rażąco wygórowanej wysokości. Naruszenie procedury udzielania zamówień publicznych jako potencjalne źródło szkody w budżecie UE (teza aktualna)*”. Istnienie w załączonym do SIWZ wzorze umowy postanowienia przewidującego karę umowną w rażąco wygórowanej wysokości może powodować podwyższenie cen w składanych ofertach (z uwagi na wyższe ryzyko związane z zawarciem umowy), a prawdopodobne jest także, iż niektóre podmioty w ogóle nie przystąpią do przetargu, nie chcąc narażać się na realne ryzyko uiszczenia kary umownej, czyniącej umowę nieatrakcyjną finansowo.” (Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 14 czerwca 2017 I ACa 1824/16). W związku z powyższym kwestionowany zapis wzoru umowy uniemożliwia Wykonawcy właściwe dokonanie oceny ryzyka kontraktowego i w naszej ocenie jest niezgodne z zasadami wynikającymi z Prawa zamówień publicznych.

Jednocześnie zwracamy się o zastąpienie zapisów sankcjonujących naliczenie kar umownych za opóźnienie w dokonaniu obowiązków umownych, podnosząc, iż w ocenie Wykonawcy Zamawiający jest uprawniony do naliczenia kar za zwłokę.

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 obowiązkowi 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)

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.

Odpowiedź:

Zamawiający pozostawia zapisy bez zmian.

- B. W związku z udzieloną odpowiedzią, działając zgodnie z art. 38 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz.1843 z późn. zm.), Zamawiający z dniem 12.06.2020 r.

- Dokonuje zmiany treści załącznika nr 7 do SIWZ – Wzór umowy na roboty budowlane,
- dokonuje zmiany treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia:

1. Pkt 11. OPIS SPOSOBU PRZYGOTOWANIA OFERTY otrzymuje brzmienie:

Ppkt 11.8 Ofertę należy umieścić w zamkniętym opakowaniu, uniemożliwiającym odczytanie jego zawartości bez uszkodzenia tego opakowania. Opakowanie winno być oznaczone nazwą (firmą) Wykonawcy oraz opisane w następujący sposób:

**Urząd Miejski w Poniatowej
ul. Młodzieżowa 2, 24-320 Poniatowa
OFERTA**

w postępowaniu na:

Modernizacja budynku przy ul. Szkolnej 9 w Poniatowej w celu nadania mu funkcji społecznych wraz z uporządkowaniem terenu i zagospodarowaniem przestrzeni publicznej

(Znak sprawy: INP.271.11.2020)

Nie otwierać przed dniem 19.06.2020 r., godz. 10.30

2. Pkt 12. MIEJSCE I TERMIN SKŁADANIA I OTWARCIA OFERTY otrzymuje brzmienie:

Ppkt 12.1 Oferty należy składać w siedzibie Zamawiającego:

**Urząd Miejski w Poniatowej
ul. Młodzieżowa 2, 24-320 Poniatowa**

(Punkt obsługi interesanta - parter)

do dnia **19.06.2020 r.** do godz. **10:00.**

Uwaga! Decyduje data i godzina wpływu oferty do Zamawiającego, a nie data jej wysłania przesyłką pocztową lub kurierską.

Ppkt 12.2. Otwarcie ofert nastąpi w dniu **19.06.2020 r.** o godz. **10:30** w siedzibie Zamawiającego:

**Urząd Miejski w Poniatowej
ul. Młodzieżowa 2, 24-320 Poniatowa (Sala konferencyjna)**

- C. Jednocześnie Zamawiający informuje, iż pozostała treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia pozostaje bez zmian.
- D. Zmiany treści SIWZ są wiążące dla wszystkich Wykonawców i należy je uwzględnić przy sporządzaniu oferty.
- E. Zamawiający na podstawie art. 38 ust 4a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz.1843 z późn. zm.) zamieścił ogłoszenie o zmianie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 08.06.2020 r.

**Z up. Burmistrza
Zastępca Burmistrza**

Aneta Poniatońska

(podpis kierownika zamawiającego)