

Myślibórz, 13.06.2022 r.

Zamawiający:  
**Przedszkole Publiczne nr 2 w Myśliborzu**  
**ul. Spokojna 12, 74-300 Myślibórz**

**Uczestnicy postępowania**  
**znak: PP2.1030.1/2022**

## **ODPOWIEDZI NA WNIOSKI O WYJAŚNIENIE TREŚCI SWZ II**

*Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pn. „Zakup i dostawa produktów żywnościowych do kuchni Przedszkola Publicznego nr 2 w Myśliborzu”.*

Zamawiający, działając na podstawie art. 284 ust. 2 i 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, przekazuje treść wniosków o wyjaśnienie treści SWZ wraz z wyjaśnieniami:

### **Pytanie 2:**

Prosimy o dodanie zmian w treści umowy dotyczącej rozwiązania umowy przez wykonawcę zamówienia, gdyż taki punkt w ogóle w umowie nie istnieje. W paragrafie 8 umowy tylko zamawiającemu przysługuje możliwość odstąpienia od umowy. Wnoskujemy o dopisanie, że Wykonawcy przysługuje możliwość wypowiedzenia umowy z 30 dniowym okresem wypowiedzenia bez ponoszenia żadnych kar umownych.

### **Odpowiedź 2:**

Wyrazem swobody kontraktowania jest także prawo do modyfikacji stosunku prawnego, a więc zdolność do dokonania zmiany lub rozwiązania już istniejącej umowy. Niemniej jednak swoboda kontraktowania ulega ograniczeniom, gdyż z uwagi na treść lub cel umowy nie mogą one sprzeciwiać się naturze stosunku zobowiązaniowego, zasadom współżycia społecznego ani być sprzeczne z ustawą. Nie jest więc możliwe takie ukształtowanie treści umowy, które prowadziłoby do naruszenia bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa (przepisy o charakterze iuris cogentis zarówno kodeksu cywilnego, jak i innych ustaw), czyli takich, które nie mogą być zmienione lub wyłączone przez strony. Zasada swobody zawierania umów doznaje ograniczeń wyłącznie w takim zakresie, jak wynika to z przepisów prawa. Takie ograniczenia zawiera ustawa - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający - w myśl przepisów tej ustawy - ma bowiem prawo tak uregulować treść umowy, aby możliwym było zrealizowanie zamówienia.

Przedmiotowe ograniczenia (ograniczenia z ustawy) dotyczą m.in. zakresu swobodnego wyboru kontrahenta, co do zasady, zakazu dokonywania zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, wprowadzenia ograniczeń, co do terminu obowiązywania umowy, braku możliwości wyboru formy zawieranej umowy.

*„Umowy zawierane w wyniku przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mogą być więc uznane za sui generis umowy adhezyjne. Wynika to jednak, co do zasady, nie z przewagi ekonomicznej jednej ze stron umowy, co jest regułą w przypadku umów*

*adhezyjnych, a z faktu, iż zamawiający działa w interesie publicznym. Podobnie jak w przypadku umów adhezyjnych zamawiający określa istotne warunki przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 czerwca 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 694/09). (...)*

Zamawiający jest podmiotem działającym w interesie publicznym, którego obciąża ryzyko nieosiągnięcia celu danego postępowania i ryzyko to przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy. Zamawiający może więc tym dodatkowym ryzykiem za należyte wykonanie zamówienia obciążyć wykonawców, jednak tylko wtedy, gdy nie uchybi zasadzie swobody umów (art. 353<sup>1</sup> k.c.).

Wykonawca może bowiem z uwagi na treść SWZ i projektu umowy nie ubiegać się o przedmiotowe zamówienie, a tym samym nie złożyć oferty na warunkach ustalonych przez Zamawiającego, jak również może złożyć ofertę o cenie wyższej z uwagi na tę zwiększoną odpowiedzialność.

A ponieważ „wykonawca podejmuje decyzję o złożeniu oferty, winien, uwzględniając ciężar narzucanych zobowiązań i wynikające z nich ryzyko, odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy, kalkulując cenę ofertową. Błędem jest utożsamianie podziału ryzyka z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego” (wyrok SO w W. z 14 kwietnia 2008 r., X Ga 67/08).

Wyrok z dnia 10 września 2014 r., KIO 1753/14

Ponadto w doktrynie toczy się dyskusja na temat charakteru prawnego zamówienia publicznego. Konsekwencją przyjęcia, że zarówno stosunek proceduralny, jak i umowa zawierana przez zamawiającego i wykonawcę mają charakter cywilnoprawny, jest postulat równości stron tych stosunków. Równość praw nie oznacza ani identyczności tych praw, ani równości faktycznej. W zamówieniach publicznych występuje faktyczna przewaga wykonawcy nad zamawiającym wynikająca ze specjalizacji. Jest ona niwelowana przez wyłączność zamawiającego w zakresie kreacji treści umowy, która nie musi przewidywać symetrycznych uprawnień stron. Wykonawca nie ma przecież obowiązku kontraktowania. Ta wtórna nierówność nie narusza więc zasad współżycia społecznego. Wykonawca ma również pełną swobodę w ustalaniu ceny, która będzie odpowiadać ryzykom wynikającym z umowy. Przewaga zamawiającego jest więc pozorna i w większości przypadków jest niwelowana przez cenę najkorzystniejszej oferty lub brak ofert spełniających warunki Specyfikacji Warunków Zamówienia. Nierówność w prawie zamawiającego i wykonawcy wynika również z konieczności otwarcia zamówień publicznych na konkurencję i przejawia się w ograniczeniu swobody kontraktowania zamawiającego.

Zamawiający przewidział zatem zmiany umowy § 9 oraz odstąpienie od umowy w § 8 w projektowanych postanowienia umowy, które zostaną wprowadzone do treści umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W imieniu zamawiającego:  
Właściwy podpis na oryginale dokumentu