



Ldz. 1702/DZP/2019

Olsztyn, dnia 09.08.2019 r.

**Do wiadomości
wszystkich uczestników postępowania**

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr 308/2018/PN/DZP realizowanego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa budynku Wydziału Prawa i Administracji oraz Wydziału Nauk Społecznych Uniwersytetu Warmińsko – Mazurskiego przy ul. Warszawskiej w Olsztynie”

ODPOWIEDZI NA PYTANIA NR 4

Zamawiający Uniwersytet Warmińsko – Mazurski w Olsztynie działając na podstawie art. 38 ust. 2 Ustawy Prawo zamówień publicznych przedstawia uprzejmie odpowiedzi na otrzymane zapytania.

Pytanie nr 1: W ramach §8 ust. 1 pkt c), d), e) oraz f) istotnych postanowień umowy, Zamawiający ustanowił szereg kar umownych liczonych za opóźnienie w realizacji określonych czynności przez wykonawcę.

Biorąc pod uwagę powyższe zwracamy uwagę że zgodnie z poglądami doktryny i judykatury kara umowna winna opierać się na zasadzie winy dłużnika w niewykonaniu lub w nienależytym wykonaniu zobowiązania. Co więcej, samo użycie w umowie słowa „opóźnienie” nie jest tożsame z odejściem od odpowiedzialności dłużnika na zasadzie winy na rzecz odpowiedzialności dłużnika na zasadzie ryzyka. W tym kontekście zwracamy uwagę przykładowo na stanowisko komentatorów zaprezentowane w komentarzu do art. 483 Kodeksu cywilnego (Komentarz do Kodeksu cywilnego, red. prof. Gutowski, II wyd. 1, 2016), w którym wskazano, iż „w zakresie kar zastrzeganych za opóźnione wykonanie zobowiązania kategorycznie podkreślić trzeba, że samo zastrzeżenie w umowie, że kara należy się "za opóźnienie" nie oznacza jeszcze, że chodzi tu o każde opóźnienie, a więc także to niezależne od winy dłużnika (identycznie P. Drapała, w: System PrPryw, t. 5, 2013, s. 1152, Nb 142).

Jeśli z kolei strony zdecydowałyby się na rozszerzenie odpowiedzialności wykonawcy, o którym mowa w art. 473§1 kc, to zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego muszą w umowie wskazać (oznaczyć, wymienić), za jakie inne - niż wynikające z ustawy - okoliczności dłużnik ma ponosić odpowiedzialność. Okoliczności te zatem muszą być w umowie wyraźnie określone (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27.09.2013r. sygn. akt I CSK 748/12), w przeciwnym razie taka kara umowna nie jest skutecznie zastrzeżona. Konieczność wskazania katalogu przyczyn opóźnienia dla skuteczności rozszerzenia odpowiedzialności dłużnika ma swoje głębokie uzasadnienie. Katalog takich okoliczności byłby w praktyce nieograniczony, na co nie pozwala przede wszystkim treść art. 473 kc (w przepisie bowiem mowa o „oznaczonych okolicznościach”). Nadto należy pamiętać, że zasada swobody umów doznaje ograniczeń i nie każde rozszerzenie odpowiedzialności dłużnika mieściłoby się w tych granicach. Przykładowo nie mogłyby to być okoliczności obciążające wierzyciela. Kara umowna jest bowiem sankcją cywilnoprawną za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania przez dłużnika.

Takie rozszerzenie byłoby więc sprzeczne z istotą (naturą) odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie zobowiązania oraz z naturą kary umownej (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27.09.2013r. sygn. akt I CSK 748/12).

Konieczność określenia katalogu przyczyn, innych niż zawinione przez wykonawcę, za które ma on ponosić odpowiedzialność wynika choćby z okoliczności, że opóźnienie może być spowodowane np. brakiem współdziałania Zamawiającego. Możliwość naliczenia kar umownych z tytułu niewykonania przez wykonawcę określonych obowiązków wynikających z umowy o realizacji zamówienia publicznego w sytuacji, gdy przyczyną niewykonania danego zobowiązania będzie działanie lub zaniechanie Zamawiającego jest z kolei w ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, działaniem sprzecznym z zasadami słuszności i sprawiedliwości kontraktowej – tak w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 maja 2015 r., sygn. akt KIO 897/15.

Zastrzeżenie kar umownych za okoliczności niezawinione przez wykonawcę sankcjonowane jest też w innych orzeczeniach KIO – przykładowo w wyroku o sygn. KIO 1339/17, gdzie wskazane zostało, że: „*Ponadto zastrzeżenie kary umownej za każde opóźnienie, które obejmuje wszelkie opóźnienia, zarówno zawinione, jak i niezawinione, co tym samym jest nieproporcjonalnym obciążeniem, gdyż wykonawca powinien odpowiadać jedynie za zawinione opóźnienie, czyli za zwłokę*”. Abuzywność tego typu postanowień ustawodawca podkreśla też w nowym projekcie ustawy Pzp, w ramach którego za niedozwolone uznano zastrzeżenie przez zamawiającego kar umownych za opóźnienie.

Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności, uwzględniając, że Zamawiający nie doprecyzował katalogu przyczyn opóźnienia, za które miałyby być sankcjonowany Wykonawca (co wskazuje na zasadę obciążania Wykonawcy jedynie za okoliczności przez niego zawinione), zwracamy się z pytaniem:

Czy Zamawiający w przypadku kar umownych określonych w §8 ust. 1 pkt c), d), e) oraz f) istotnych postanowień umowy zmodyfikuje treść SIWZ poprzez zastąpienie słowa „opóźnienie” wyrażeniem „zwłoka”, ewentualnie doprecyzuje, iż kar umownych określonych w §8 ust. 1. istotnych postanowień umowy nie stosuje się w przypadku działania siły wyższej uniemożliwiającej lub w istotny sposób utrudniającej wykonanie zleconej czynności zgodnie z umową oraz w przypadku braku winy wykonawcy?

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę powyższych zapisów.

Pytanie nr 2: W ramach §8 ust. 1 istotnych postanowień umowy Zamawiający ustalił katalog kar umownych, które zobowiązany będzie zapłacić Wykonawca. W ramach Wzoru umowy Zamawiający nie określił natomiast jakiegokolwiek limitu kar.

W tym kontekście zwracamy uwagę, że w ramach orzecznictwa sądów powszechnych podkreśla się, że wysokość nałożonych kar umownych nie może przekraczać wysokości należnego wynagrodzenia, a w sytuacji, w której wysokość kar w stosunku do wartości całego zobowiązania oscyluje w granicach kilkudziesięciu procent wartości umowy, sądy uznają je za nadmierną dolegliwość, świadczącą o ich niewspółmierności w rozumieniu art. 464§2 KC (tak np. wyrok SO w Rzeszowie z dnia 25.09.2019 r.; sygn. akt VI Ga 173/13, w ramach którego Sąd za niewspółmierną uznał karę umowną na poziomie 40% należnego wynagrodzenia). Co więcej, w orzecznictwie wskazuje się, że *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* (tak wyrok SN z dn. 14.06.2018 r., sygn. akt V CSK 534/17), co prowadzi do wniosku, że limit kar za opóźnienia nie powinien przekraczać wysokości kary ustanowionej na wypadek odstąpienia od umowy, która w przedmiotowym przypadku wynosi 10%.

Biorąc pod uwagę powyższe, tj. brak możliwości realnego wyegzekwowania kar umownych przekraczających poziom kilkudziesięciu procent wynagrodzenia umownego, a także uwzględniając, że brak wprowadzenia limitu kar na obecnym etapie doprowadzi do skalkulowania przez wykonawców znacznie większych ryzyk (co przyczynić się może do nieracjonalnego wydatkowania środków publicznych), zwracamy się z następującym pytaniem:

- Czy Zamawiający wprowadzi do Istotnych Postanowień Umowy limit kar na poziomie 10% wynagrodzenia umownego lub określi inny rynkowy limit kar umownych?

Podkreślamy, że wprowadzenie limitu kar jest obecnie powszechnym działaniem wśród zamawiających publicznych w przypadku inwestycji kubaturowych. Przykładowo w ramach postępowania na *Budowę Muzeum Sztuki Nowoczesnej w Warszawie* (nr postępowania 04/MSN/PN/2018) wprowadzono limit kar umownych na poziomie 15%; w postępowaniu na *Budowę budynku naukowo – dydaktycznego ul. Dobra 55 (filologie i lingwistyka) -II etap* (nr postępowania DZP-361-103/2018) wprowadzony został limit 20%; w postępowaniu na *Budowę Muzeum Historii Polski w Warszawie* (ogłoszenie pod nr 2017/S 195-401593) również wprowadzono limit kar na poziomie 20% wynagrodzenia umownego netto.

Odpowiedź: Zamawiający odmawia dodania proponowanego zapisu.

Pytanie nr 3: W ramach §3 ust. 4, §4 ust. 3 pkt b), §10 ust. 7 oraz §11 ust. 11 pkt a) oraz pkt b) istotnych postanowień umowy został naruszony art. 7 ust. 1 pzp w zw. Z art. 139 pzp w zw. Z art. 647 kc poprzez przyznanie Zamawiającemu prawa do odmowy dokonania odbioru końcowego do czasu usunięcia wad w każdym wypadku wystąpienia wad nawet jeżeli wady mają charakter nieistotny. Zgodnie z art. 647 kc inwestor (Zamawiający) ma obowiązek dokonania odbioru i może uchylić się od tego obowiązku tylko w przypadku, gdy przedmiot umowy obarczony jest wadami istotnymi. W przypadku wystąpienia wad nieistotnych inwestor (Zamawiający) jest obowiązany dokonać odbioru końcowego.

Mając na uwadze powyższe wnosimy o zmianę treści SIWZ tj. załącznika nr 9 do SIWZ istotne postanowienia umowy w następujący sposób:

- Zmiana §3 ust. 4 istotnych postanowień umowy poprzez doprecyzowanie, że rozliczenie poszczególnych robót nastąpi w oparciu o protokoły odbioru elementów robót wykonanych bez wad istotnych uniemożliwiających użytkowanie.

Po uwzględnieniu zmiany treść SIWZ – istotnych postanowień umowy powinna być następująca:

§3 ust. 3 Rozliczenie poszczególnych robót umowy następowalo będzie częściowo, jednakże nie częściej niż raz w miesiącu, na podstawie faktur wystawionych w oparciu o protokoły odbioru zaawansowania procentowego elementów robót, określonych w harmonogramie, o którym mowa w § 5 Umowy, stanowiącym załącznik do umowy, potwierdzający ich wykonanie bez wad istotnych nieusuwalnych, podpisany przez nadzór inwestorski, o którym mowa w § 4 ust. 6 i przedstawiciela Zamawiającego. W przypadku stwierdzenia podczas odbiorów wad nieistotnych (usterek, niezgodności) Zamawiający dokona odbioru w tym odbioru końcowego oraz zostanie sporządzony protokół zawierający listę usterek lub niezgodności, w którym zostaną wskazane usterki lub niezgodności do usunięcia w uzgodnionym przez Strony na ich usunięcie. Rozliczenie nastąpi do wysokości 90% wartości przedmiotu umowy. Zamawiający wstrzyma zapłatę w wysokości 10% wynagrodzenia umownego, określonego w § 3 ust.1, do dnia dostarczenia ostatecznego pozwolenia na użytkowanie i podpisania protokołu odbioru końcowego.

- Zmiana §4 ust. 3 pkt b) istotnych postanowień umowy poprzez doprecyzowanie, że Zamawiający ma prawo odmówić dokonania odbioru końcowego w przypadku gdy przedmiot Umowy posiada wady istotne uniemożliwiające użytkowanie przedmiotu umowy. Po uwzględnieniu zmiany treść SIWZ – istotnych postanowień umowy powinna być następująca:
§4 ust. 3 pkt b) roboty posiadają istotne wady uniemożliwiające użytkowanie przedmiotu Umowy, w przypadku stwierdzenia podczas odbiorów wad nieistotnych (usterki, niezgodności) Zamawiający dokona odbioru w tym odbioru końcowego oraz zostanie sporządzony protokół zawierający listę usterek lub niezgodności, w którym zostaną wskazane usterki lub niezgodności do usunięcia w uzgodnionym przez Strony na ich usunięcie.
- Zmiana §10 ust. 7 istotnych postanowień umowy poprzez doprecyzowanie, że dotyczy to daty odbioru bez wad istotnych nieusuwalnych. Po uwzględnieniu zmiany treść SIWZ – istotnych postanowień umowy powinna być następująca:
§10 ust. 7 Dokumenty gwarancyjne Wykonawca zobowiązany jest dostarczyć w dacie odbioru robót bez wad istotnych nieusuwalnych.
- Zmiana §11 ust. 11 pkt a) istotnych postanowień umowy poprzez zmianę, że Zamawiający dokona odbioru w przypadku gdy nie występują wady istotne.

Zmiana §11 ust. 11 pkt b) istotnych postanowień umowy poprzez zmianę, że Zamawiający może odmówić dokonania odbioru końcowego jedynie do przypadku wad istotnych nieusuwalnych. W przypadku wystąpienia wad nieistotnych nieusuwalnych Zamawiający powinien dokonać odbioru końcowego z jednoczesnym prawem Zamawiającego do odpowiedniego obniżenia wynagrodzenia Wykonawcy.

Po uwzględnieniu zmiany treść SIWZ - istotnych postanowień umowy powinna być następująca:

- §11 ust. 11 Za dzień zakończenia odbioru strony uznawać będą dzień podpisania przez strony protokołu odbioru końcowego, po uzyskaniu ostatecznego pozwolenia na użytkowanie, jeżeli w trakcie odbioru nie zostaną stwierdzone wady istotne nieusuwalne uniemożliwiające użytkowanie przedmiotu umowy. Jeżeli w trakcie odbioru wystąpią:*
- a) wady nadające się do usunięcia (usterki, niezgodności) Zamawiający dokona odbioru w tym odbioru końcowego oraz zostanie sporządzony protokół zawierający listę usterek lub niezgodności, w którym zostaną wskazane usterki lub niezgodności do usunięcia w uzgodnionym przez Strony na ich usunięcie.*
 - b) wady nie nadające się do usunięcia (wady nieusuwalne) Zamawiający:*
 - o dokona odbioru przedmiotu Umowy, jeżeli wady (usterki lub niezgodności) umożliwiają jego użytkowanie i odpowiednio obniżyć wynagrodzenie,*
 - o Może zażądać wykonania przedmiotu Umowy po raz drugi lub odstąpić od Umowy, jeżeli wady uniemożliwiają użytkowanie przedmiotu Umowy*

Odpowiedź: Zamawiający informuje, że przeszkodą do odbioru końcowego będą jedynie wady istotne, uniemożliwiające normalne korzystanie z przedmiotu umowy.

Pytanie nr 4: Wnosimy o ustalenie daty terminu odbioru końcowego poprzez modyfikację §11 ust. 6 Istotnych Postanowień Umowy w następujący sposób:

§11 ust. 6 Wykonawca zgłosi Zamawiającemu gotowość do odbioru końcowego nie później niż 14 dni przed upływem terminu realizacji umowy. Po zgłoszeniu Zamawiający przystąpi do czynności odbiorowych, które zostaną zakończone nie później niż w terminie 14 dni od daty zgłoszenia gotowości do odbioru końcowego.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody.

Pytanie nr 5: Prosimy o doprecyzowanie daty terminu odbioru częściowego poprzez modyfikację §11 ust. 8 Istotnych Postanowień Umowy w następujący sposób:

§11 ust. 8 Rozpoczęcie odbiorów częściowych (zakończonych w ciągu 5 dni roboczych od daty zgłoszenia)...

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody.

Pytanie nr 6: Wnosimy o wyjaśnienie i korektę §3 ust. 4, §3 ust. 7, §6 ust. 1 pkt a), §8 ust. 1 pkt d), §10 ust. 1, §10 ust. 3, §11 ust. 11 Istotnych Postanowień Umowy. W terminie umownym Wykonawca zobowiązany ma być do uzyskania prawomocnej decyzji pozwolenie na użytkowanie, Wykonawca nie jest stroną tego postępowania administracyjnego i nie ma żadnego wpływu na fakt wniesienia odwołania do organu wyższego rzędu czy skargi do sądu administracyjnego, co znacząco wydłużyć może procedurę administracyjną i sądową. Przykładowo tylko wg. sprawozdania NSA (<http://www.nsa.gov.pl/statystyki-wsa.php>) średni czas oczekiwania na rozstrzygnięcie to ok. 5 miesięcy, jest to jedynie I instancja sądowa. Przy krótkim terminie realizacji inwestycji uzyskanie „prawomocnej” decyzji jest całkowicie niewykonalne. Wnosimy o zmianę na decyzję „ostateczną”.

Odpowiedź: Zamawiający koryguje §3 ust. 4, §3 ust. 7, §6 ust. 1 pkt a), §8 ust. 1 pkt d), §10 ust. 1, §10 ust. 3, §11 ust. 11 Istotnych Postanowień Umowy. W terminie umownym Wykonawca zobowiązany ma być do uzyskania ostatecznej decyzji pozwolenie na użytkowanie.

W związku z powyższym Zamawiający anuluje odpowiedź na pytanie nr 8 Zestawu odpowiedzi na pytania nr 11.

KANCLERZ

inż. Aleksander Socha

.....
(podpis osoby upoważnionej)

*Sporządzili: mgr Zygmunt Bartnikowski
mgr inż. Tomasz Szczygłowski
mgr inż. Zbigniew Stachurski
mgr inż. Grzegorz Zamysławski*

