

Zielonka, 01.02.2016r.

PWiK/ST-p/02/1/16

## Wyjaśnienia do przetargu PWiK/ST-p/02/16 (nr BZP 12694-2016 z dnia 19.01.2016r.)

W dniu 27 stycznia 2016 roku do Zamawiającego – Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji w Zielonce Sp. z o.o. wpłynęły zapytania dotyczące Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia do przetargu nieograniczonego pn.: „Przebudowa komór zaworowych kanalizacji podciśnieniowej na przepompownie ścieków sanitarnych w ulicy Mareckiej –KZ3 i ul. Letniej –KZ4 w Zielonce” o następującej treści:

*„Dotyczy przetargu:*

*Nr sprawy: PwiK/St-p/02/16*

*Przebudowa komór zaworowych kanalizacji podciśnieniowej na przepompownie ścieków sanitarnych w ul. Mareckiej – KZ3 i ul. Letniej – KZ4 w Zielonce*

### ZAPYTANIE

Zgodnie z art. 38 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień Publicznych (Dz.U. Nr 19 z 2004r. poz. 177 z póź. zm.), zwracamy się z następującym pytaniem:

1. Wnosimy o zmianę zapisów umowy w § 12 poprzez zmianę sformułowań „opóźnienie” na „zwłoka”.

Zapisy w dotychczasowej formule powodują, iż wykonawca zobowiązany będzie do ewentualnego odszkodowania nawet w sytuacji, gdy nie będzie ponosił odpowiedzialności za niewykonanie umowy w terminie. Sprzeczne jest to z istotą umów o roboty budowlane, w których wykonawca ponosi odpowiedzialność za niewykonanie umowy z własnej winy.

Jest to zatem zapis krzywdzący dla wykonawcy i stawiający go w podporządkowanej pozycji w stosunku do zamawiającego niezależnie od przyczyn ewentualnego niewykonania umowy w terminie.

Dokonując wykładni przepisu art. 476 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964r. (Dz.U. 1964., nr 16, poz. 93 ze zm.) należy wskazać, iż prawo rozróżnia dwa przypadki nienależytego wykonania zobowiązania, tj. opóźnienie oraz zwłokę.

Z opóźnieniem mamy do czynienia wówczas, gdy brak spełnienia świadczenia w określonym terminie przez dłużnika nastąpiło z przyczyn od niego niezależnych.

Ze zwłoką mamy do czynienia wówczas, gdy dłużnik nie wykonał swoich zobowiązań na skutek okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność.

Jak wynika z poglądów judykatury wyrażonych chociażby w wyroku Sądu Najwyższego wydanego w dniu 11 lutego 1999r., w sprawie o sygnaturze akt III CKN 166/98 (publ. LEX nr 521867) kara umowna należy się wierzycielowi tylko wtedy, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność ( art. 471 kc), tj. niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania wynika z nie dołożenia przez dłużnika nienależytej staranności (art. 472 kc), czyli jego winy w postaci, (co najmniej), niedbalstwa.

Oznacza to, że kara umowna należy się jedynie w wypadku zwłoki dłużnika (476 kc) – nie można natomiast żądać kary umownej, gdy dłużnik obalił wynikające z art. 471 kc domniemanie, że opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność.

A zatem posłużenie się instytucją opóźnienia narazi Państwa na ewentualne podniesienie zarzutu nieważności tegoż zapisu, w oparciu o przepis art. 58 kc, co do jego skutków.

Niezależnie od powyższych rozważań na temat legalności niniejszych zapisów wskazać należy, iż skoro wykonawcy zostaje narzucone całkowite ryzyko niewykonania umowy w terminie, nawet w sytuacji, gdy przekroczenie terminu wynikać będzie z przyczyny od niego niezależnych, to w pełni jest on uprawniony do żądania wyższej gratyfikacji finansowej z tytułu zawarcia i wykonania umowy o roboty budowlane, co wiązało się będzie z poniesieniem przez zamawiającego wyższych kosztów realizacji zamówienia.

Wnosimy o zmianę zapisów jak wyżej zwłaszcza, że Zamawiający określając sobie karę postuluje się wyłącznie za zwłokę, natomiast Wykonawcę chce również obciążyć za karę za opóźnienie.

2. Zamawiający ustanowił karę za odstąpienie od umowy przez Zamawiającego z przyczyn zależnych od Wykonawcy w wysokości 10% wartości wynagrodzenia umownego brutto.

W celu przywrócenia równowagi stron pomiędzy zawierającymi umowę prosimy o ustanowienie kary umownej płatnej przez Zamawiającego za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, za wyjątkiem sytuacji przewidzianych w art. 145 ustawy PZP, również w wysokości 10% wartości wynagrodzenia umownego brutto.

3. Czy Zamawiający przewiduje udzielenie zamówień uzupełniających?

4. Czy Zamawiający dopuszcza cesję na rzecz osób trzecich wierzytelności wynikających z umowy przy każdorazowej akceptacji Zamawiającego?

5. Czy Zamawiający dopuści rozliczenie za pomocą fakturowania częściowego. Możliwość wystawienia faktur przejściowych upłynni realizację zadania”.

#### **Wyjaśnienia:**

Ad. 1. Treść § 12 umowy nie ulega zmianie. Konstrukcja zapłaty kary umownej za zwłokę i opóźnienie w wykonaniu przedmiotu zamówienia jest spójna z § 17 umowy, którego zapisy wyczerpująco wskazują warunki w oparciu, o które może nastąpić zmiana terminu zakończenia realizacji robót.

Ad.2. Wprowadzenie do umowy zapisu o karaniu Zamawiającego za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego wymaga (wzorem § 18 umowy) konkretnego określenia okoliczności odstąpienia. Zamawiający w ramach przedmiotu zamówienia objętego postępowaniem przetargowym nie przewiduje takich okoliczności.

Ad.3. Zamawiający nie przewiduje zamówień uzupełniających.

Ad.4. Wykonawca nie może dokonać cesji całości lub części swojej wierzytelności z tytułu należnego wynagrodzenia za wykonanie przedmiotu umowy na osobę trzecią bez zgody Zamawiającego wyrażonej w formie pisemnej pod rygorem nieważności (zapis zostanie dodany we wzorze umowy).

Ad.5. Zamawiający nie przewiduje płatności wynagrodzenia za pomocą fakturowania częściowego.

PREZES ZARZĄDU  
*Janusz Lewicki*