



Kraków, 19.02.2016r.

ZDW/PW/2016/ *1097*/ DN4 BJ
Znak sprawy: ZDW-DN-4-271-6/16

Wg rozdzielnika

Dotyczy: przetargu nieograniczonego na: **Dostawa pionowych znaków drogowych i urządzeń BRD dla ZDW w Krakowie (nr sprawy ZDW-DN-4-271-6/16).**

Zamawiający - Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie zgodnie z art. 38 ust. 1a i 2 *Ustawy Prawo zamówień publicznych* z dnia 29 stycznia 2004 r. (DZ. U. z 2015 r. poz. 2164) zwanej dalej *ustawą* udziela poniżej odpowiedzi na wniosek o wyjaśnienie treści, który wpłynął do Zamawiającego:

Pytanie nr 1

(...) *prosi o wyjaśnienie treści siwz i stosowną modyfikację.*

W ocenie Wykonawcy, z zaproponowanym wzorze Umowy, została zachwiana proporcja pomiędzy prawami i obowiązkami Stron Umowy tj. Zamawiającym i Wykonawca.

Zaproponowana Umowa przewiduje naliczanie kar tylko i wyłącznie Wykonawcy, a więc w sposób ewidentny łamie prawo i jest niezgodna z zasadami współzycia społecznego. Wykonawcy mają prawo złożyć odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej i żądać nakazania zmian. Orzecznictwo KIO szeroko komentuje podobne praktyki Zamawiających, unieważniając podobne postępowania, a sądy powszechne, przywracają prawa Wykonawcom m.in. poprzez mechanizm miarkowania kar.

Pragniemy przywołać tylko kilka sentencji z przedmiotowym zakresie:

„Na gruncie przepisów prawa zamówień publicznych dochodzi do modyfikacji zasady równości i swobody stron stosunku zobowiązaniowego choćby przy wyborze partnera, z którym zawierana będzie umowa w sprawie zamówienia publicznego. To zamawiający jest gospodarzem postępowania i autorem specyfikacji istotnych warunków, która w swej treści zawierać powinna istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy lub jej wzór. Tak więc to zamawiający jest autorem sformułowań zawartych we wzorze umowy, natomiast wykonawca nie ma dużego wpływu na jej kształt. Nie oznacza to jednak, że postanowienia takiej umowy mogą być korzystne tylko dla jednej strony lub nakładać tylko na jedną stronę odpowiednio same obowiązki lub przyznawać jej same przywileje” – wyrok 18 października 2010 r. (KIO/UZP/ 2175/10) „Słuszne są twierdzenia odwołującego, że celem wprowadzenia kar umownych jest dyscyplinowanie stron do prawidłowego i terminowego wywiązywania się z przyjętych w umowie obowiązków.

Dotyczy to w równej mierze wszystkich uczestników stosunku umownego. Żadne z przepisów prawa, czy to cywilnego czy to zamówień publicznych, nie zakazują, iż pewne obowiązki czy zobowiązania nie mogą być nałożone również na zamawiającego, zwłaszcza jeżeli to od tej strony stosunku umownego zależy w dużej mierze terminowość realizowanego kontraktu. Odwołujący nie neguje wprowadzenia kar umownych we wzorze umowy jako takich, czy też ich wysokości, lecz podkreśla, iż należy dążyć do zachowania równowagi stron stosunku umownego, która w ocenie Izby nie stoi w sprzeczności z właściwością (naturą) stosunku prawnego, ustawą lub zasadami współzycia społecznego.

Jak podkreślał na rozprawie pełnomocnik odwołującego się propozycja wprowadzenia kar umownych dla zamawiającego dotyczy trzech kwestii: terminowego przekazania placu budowy, terminowego przekazania dokumentacji projektowej oraz terminowego dokonywania odbiorów końcowych. W ocenie składu orzekającego nie są to roszczenia nadmierne, dlatego też skład orzekający Izby uwzględnił zarzut w żądanym przez odwołującego zakresie i nakazuje modyfikację specyfikacji w sposób określony przez odwołującego się w odwołaniu” – wyrok z 23 sierpnia 2010 r. (KIO/UZP 1698/10) „W żadnym razie samo ukształtowanie nieproporcjonalnych praw i obowiązków w ramach stosunku umownego nie narusza zasady swobody umów – konieczne jest tu wykazanie, iż

nieproporcjonalność ta narusza konkretny przepis prawa, przekreśla naturę stosunku lub jej stopień przekracza dopuszczalny poziom wynikający z zasad współżycia społecznego obowiązującego przy stosunkach tego rodzaju.

Ograniczenie uprawnień podmiotowych (np. dowolnego ukształtowania treści stosunku zobowiązaniowego) w oparciu o klauzule generalne typu zasady współżycia społecznego, jak postuluje doktryna prawa cywilnego powinno odbywać się (w sposób możliwie nie arbitralny, w oparciu i z uwzględnieniem wszelkich okoliczności danej sprawy, którym w świetle wypracowanych w doktrynie i orzecznictwie kryteriów przypisać można określone znaczenia dla kwalifikacji prawnej sprawy. Ewentualnie, do tego typu działań zamawiającego znaleźć mogą zastosowanie przepisy art. 388 k.c. dotyczące wyzysku, co jednak w praktyce zamówień publicznych jest rzadkie i mało prawdopodobne” – wyrok z 4 października 2010 r. (KIO/2036/10).

Z uwagi na powyższe, prosimy o dokonanie modyfikacji siwz w zakresie naliczania kar umownych. Prosimy o wyrażenie zgody na propozycję modyfikacji siwz we wzorze umowy §8 ust. 2 oraz ust. 5 jak niżej:

§8 ust. 2

WYKONAWCA zobowiązany jest do zapłacenia kar umownych z tytułu:

- opóźnienia w dostarczeniu części przedmiotu umowy - w wysokości 0,1 % wynagrodzenia brutto wynikającego z faktury wystawionej za zrealizowaną część dostawy za każdy dzień kalendarzowy opóźnienia, licząc od upływu terminu wyznaczonego stosownie do postanowień § 2 ust. 3

- odstąpienia od umowy lub rozwiązania umowy z przyczyn leżących po stronie WYKONAWCY – w wysokości 5% wynagrodzenia umownego brutto, o których mowa w § 3 ust. 1

ZAMAWIAJĄCY zobowiązany jest do zapłacenia kar umownych z tytułu: odstąpienia od umowy lub rozwiązania umowy z przyczyn leżących po stronie ZAMAWIAJĄCEGO - w wysokości 5% wynagrodzenia umownego brutto, o których mowa w § 3 ust. 1

§8 ust. 5

Łączna wysokość kar nie może przekroczyć 10% łącznego wynagrodzenia umownego brutto, określonego w § 3 ust. 1.

Odpowiedź

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę postanowień wzoru umowy dotyczących kar umownych, w tym zapisu § 8 ust. 2 i ust. 5 wzoru umowy, w sposób wskazany w pytaniu.

Zamawiający nie akceptuje ustanowienia kar dla Zamawiającego, ponieważ byłoby to bezzasadne. W opinii Zamawiającego interes Wykonawcy jest wystarczająco zabezpieczony poprzez możliwość dochodzenia na zasadach ogólnych odsetek ustawowych z tytułu ewentualnej nieterminowej zapłaty wynagrodzenia przez Zamawiającego, a także przez zastosowanie innych regulacji wprowadzonych przepisami KC, do których to przepisów w zakresie nieuregulowanym odsyła wzór umowy. Poza tym w ocenie Zamawiającego brak jest w odniesieniu do niniejszego zamówienia okoliczności uzasadniających wprowadzenie takich kar, a sama instytucja kary umownej jest środkiem dyscyplinującym i nie służy osiągnięciu jakichkolwiek korzyści i przywilejów. Ponadto Zamawiający jako jednostka sektora finansów publicznych realizuje zadania określone w planie rzeczowo-finansowym i jest zobowiązany do racjonalnego i efektywnego gospodarowania środkami publicznymi, toteż brak jest ryzyka zaprzestania realizacji umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego.

Należy również obok powyższego nadmienić, iż zgodnie z najnowszą linią orzeczniczą Krajowa Izba Odwoławcza (KIO) uznaje i potwierdza, iż w odniesieniu do zamówień publicznych zasada swobody umów i równości stron stosunku zobowiązaniowego (art. 353¹ KC) podlega modyfikacji i specyficznemu ograniczeniu. KIO potwierdza, iż można w sposób nierówny dla stron zamówienia publicznego konstruować zapisy umowy – uprzywilejowana pozycja Zamawiającego sprawia, że w przypadku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie istnieje równowaga stron postępowania. Nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika wprost z przepisów ustawy Pzp, które zastrzegają określone uprawnienia dla Zamawiającego (tak np. wyrok KIO 283/14). To oznacza, że można w umowie zastrzec kary umowne na rzecz Zamawiającego, jednocześnie nie przewidując takiej instytucji w relacji odwrotnej – takie postanowienie umowne nie będzie naruszało zasady uczciwej konkurencji i w świetle orzeczeń KIO jest dopuszczalne i prawidłowe.

Odnosząc się do kwestii wnioskowanego zmniejszenia wysokości przewidzianych kar umownych Zamawiający wskazuje, iż nie są one rażąco wygórowane, ale współmierne do przedmiotu uchybienia

i odnoszą się do wartości powszechnie przyjętych i stosowanych w obrocie gospodarczym. W szczególności nadmienić należy, iż wysokość kary za odstąpienie od umowy wynosząca obecnie 10 % nie jest w żaden sposób wygórowana i nie odbiega od ogólnie przyjętych i zwyczajowo stosowanych wysokości tego typu kary, podczas gdy coraz częściej występuje odnośnie tej kary wysokość 20 %, a nawet 40 %. Natomiast odnośnie kary za opóźnienia w dostawie, to wskazać trzeba, iż termin dostaw określa w ofercie sam Wykonawca (jest to jedno z kryteriów oceny ofert w tym postępowaniu), toteż może dostosować ten termin do własnych możliwości, jednakże w związku z tym, iż kwestia ta ma wpływ na wybór oferty najkorzystniejszej, musiały zostać uregulowane wzmocnione mechanizmy jego dotrzymania na etapie realizacji zamówienia, czyli wprowadzenie sankcji w postaci kar umownych. Należy jednak podkreślić, iż kara za opóźnienie w dostawie części zamówienia naliczana jest w odniesieniu jedynie do wartości tej konkretnej partii zamówienia, której dotyczy ta dostawa, a nie wartości całego zamówienia, co potwierdza, iż nie są to kary nieracjonalne i wygórowane. Również łączna wysokość kar umownych ustalona na poziomie 20 % jest współmierna do przedmiotu zamówienia i jest to wysokość stosowana powszechnie.

p.o. DYREKTOR
mgr inż. Marta Maj

Otrzymują:
1 x adresat wg. rozdzielnika
1 x DN-4 a/a
www.zdw.krakow.pl