



WSZYSCY WYKONAWCY
ZAINTERESOWANI UDZIAŁEM W POSTĘPOWANIU
O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA

Katowice, dnia 15.03.2018 r.
MŚ-ZP-DKB-333-3/18

Dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Opracowanie dokumentacji projektowej przebudowy oraz zmiany sposobu użytkowania przemysłowych, zabytkowych budynków, zlokalizowanych na terenie Muzeum Śląskiego w Katowicach wraz z pełnieniem nadzorów autorskich”

ODPOWIEDZI NA PYTANIA DO TREŚCI SIWZ ORAZ MODYFIKACJA TREŚCI SIWZ

W związku z wpływem (drogą mailową) w dniu 7 marca 2018 r. do Zamawiającego pytań dot. treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ) - Zamawiający działając na podstawie art. 38 ust. 1 pkt 1) i ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) zwanej dalej „ustawą Pzp”, udziela odpowiedzi o poniższej treści:

Szanowni Państwo,

w uwagi na nieścisłości w SIWZ oraz zapisach umowy wnosimy o doprecyzowanie następujących kwestii:

Pytanie 1

Prosimy o potwierdzenie, iż poprawnie interpretujemy zapisy SIWZ. Czy w przypadku stwierdzenia przez zamawiającego niewłaściwego wykonywania obowiązków przez wykonawcę, Zamawiający poda uzasadnienie faktyczne i prawne, a Wykonawca będzie miał prawo się do tego odnieść i złożyć Plan Naprawczy? Jeśli Zamawiający chce inaczej postępować z Wykonawcą w ww. okoliczności prosimy o potwierdzenie powyższego gdyż Wykonawca pragnie wkalkulować dodatkowe obciążenia finansowe w wypadku gdy Zamawiający nie przewiduje instytucji Planu Naprawczego. Zamawiający z pewnością zdaje sobie sprawę z krzywdzenia wykonawców wskazując brak możliwości przedłożenia planu naprawczego.

Odpowiedź:

Celem zamawiającego w przedmiotowym zamówieniu jest uzyskanie w wyznaczonym terminie właściwie opracowanej dokumentacji projektowej oraz wykonywania nadzorów autorskich, zgodnie z wymaganiami określonymi w SIWZ. W przypadku stwierdzenia przez Zamawiającego niewłaściwego sposobu realizacji zamówienia, Zamawiający precyzyjnie określił w § 3 Wzoru umowy zarówno terminy odbioru jak i nanoszenia poprawek oraz usunięcia nieprawidłowości w przedłożonej przez Wykonawcę dokumentacji. Ponadto w § 11 ust. 3 Wzoru umowy, Zamawiający zaznaczył że: „Jeżeli Wykonawca będzie wykonywał przedmiot umowy wadliwie, albo sprzecznie z umową Zamawiający może wezwać go do zmiany sposobu wykonywania umowy i wyznaczyć mu w tym celu odpowiedni termin; po bezskutecznym upływie wyznaczonego terminu Zamawiający może od umowy odstąpić lub powierzyć poprawienie lub dalsze wykonanie przedmiotu umowy innemu podmiotowi na koszt Wykonawcy (wykonawstwo zastępcze)”. W obydwóch przywołanych zapisach umowy Zamawiający dopuścił zatem możliwość usunięcia nieprawidłowości bez konsekwencji finansowych dla Wykonawcy, jednak Wykonawca jest zobowiązany zrealizować zamówienie w terminach wyznaczonych



w dokumentacji postępowania. Wykonawca przystępując do realizacji zamówienia, jako profesjonalny uczestnik rynku jest w stanie ocenić czy zrealizuje zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego oraz w wyznaczonym terminie. Powyższe potwierdza stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku z dnia 06.12.2016 roku (syg. akt KIO 2180/16): „*Stawianie wykonawcom określonych wymagań na etapie realizacji umowy, które przedkładają się jedynie na ich wynagrodzenie i zwiększony nakład sił oraz środków na etapie realizacji zamówienia, nie ogranicza uczestnikom postępowania możliwości samego uczestnictwa w postępowaniu oraz złożenia konkurencyjnej oferty. Każdy wykonawca mając świadomość obowiązków wynikających z treści umowy może ocenić, czy jest w stanie należycie zrealizować zobowiązanie z niej wynikające oraz ocenić jakie koszty są z tymi wymaganiami związane. Kalkulowanie wynagrodzenia jest bowiem wyłączną domeną wykonawcy. (...) Instytucja kar umownych na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego nie stanowi co do zasady przeszkody w uzyskaniu zamówienia - a zatem nawet w ramach potencjalnego ryzyka nie może stanowić uzasadnienia do uwzględnienia innych zarzutów związanych z terminami realizacji, czy to poszczególnych etapów zadania, czy też jego całości. Jedynie w wyjątkowych wypadkach, gdyż jej wysokość jest rażąco wygórowana i zachodzą uzasadnione przesłanki, że racjonalnie działający wykonawca może mieć uzasadnione obawy, że ma ona na celu uprzywilejowanie określonych wykonawców i niejako "zniechęcenie" innych od udziału w postępowaniu może zostać skutecznie podważona w ramach środków ochrony prawnej lub stanowić podstawy do konkretyzacji lub wydłużenia terminów realizacji. Wówczas ocena wysokości kar umownych następuje w kontekście art. 7 ust. 1 p.z.p. - jednak wykonawca winien wykazać, że instytucja kar umownych różnicuje w sposób nieuzasadniony pozycje poszczególnych wykonawców*”.

Pytanie 2

Prosimy o wyjaśnienie, w jaki sposób będzie rozstrzygane pierwszeństwo dokumentów w przypadku rozbieżności pomiędzy następującymi dokumentami składającymi się na dokumenty przetargowe tj: wzór Umowy, SIWZ, OPZ, pytania i odpowiedzi oraz modyfikacje SIWZ? Prosimy o precyzyjne określenie hierarchii ważności tych dokumentów. Wskazujemy, że brak jasności i przejrzystości dokumentów przetargowych kształtuje płaszczyznę dla przyszłych sporów w interpretacji hierarchii. Zwracamy się z prośbą o potwierdzenie przez Zamawiającego, iż znana mu jest utrwalona linia orzecznicza KIO i Prezesa UZP iż wszelkie spory związane z interpretacją zapisów SIWZ muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawcy.

Odpowiedź:

Zamawiający zaznaczył w SIWZ, rozdz. VIII ust. 6, że: „*W przypadku rozbieżności pomiędzy treścią SIWZ, a treścią udzielonych odpowiedzi, jako obowiązującą należy przyjąć treść pisma zawierającego późniejsze oświadczenie Zamawiającego.*” W przypadku zaistnienia rozbieżności pomiędzy zapisami SIWZ, Wzoru Umowy a OPZ, Zamawiający wskazuje, że jako wiążące dla stron będą postanowienia wzoru umowy (z uwzględnieniem wprowadzonych modyfikacji zgodnie z przytoczonym powyżej zapisem SIWZ.

Zamawiający wskazuje jednocześnie, że Wykonawca jako profesjonalista przystępując do postępowania o udzielenie zamówienia, jest zobowiązany zapoznać z treścią SIWZ oraz wszystkimi jej załącznikami, z należytą starannością wynikającą z przepisów prawa (art. 355 Kodeksu cywilnego). Wyjaśnienie ewentualnych niejasności lub rozbieżności dokumentacji przetargowej służy instytucja wyjaśniania treści SIWZ określona w art. 38 ustawy Pzp, z której Wykonawca jest zobligowany skorzystać. Niezwrócenie się przez Wykonawcę, w razie uzasadnionych wątpliwości, o wyjaśnienie treści SIWZ może uzasadniać zarzut niedochowania należytej staranności zawodowej, o której mowa w art. 355 § 2 Kodeksu cywilnego. Powyższe stanowisko potwierdza m.in. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 05.06.2014 r. (IV CSK 626/13, Biuletyn Sądu Najwyższego 2014/9): „*Podzielić należy rozważania Sądu I instancji dotyczące obowiązków, jakie w związku z procedurą zamówienia publicznego spoczywają na wykonawcy. Do jego zadań należało także wnikliwe zapoznanie się z dokumentacją przetargową. Ustawodawca w przepisie art. 38 ustawy Prawo zamówień publicznych przewidział szczególny tryb wyjaśniania wątpliwości co do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przepis ten określa m.in. terminy na zgłaszanie zapytań. Wniosek o wyjaśnienie powinien być zgłoszony przed upływem terminu składania ofert. Zastrzeżenia podnosić należy zatem jeszcze przed zawarciem umowy. Skutkiem zapytań jest niejednokrotnie modyfikacja treści specyfikacji. W orzecznictwie przyjmuje się zarazem, iż przepis art. 38 powołanej ustawy, w powiązaniu z treścią art. 354 § 2 k.c., ustanawia nie tylko uprawnienie, ale wręcz obowiązek wykonawcy zwrócenia się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji. Zaniechanie tej powinności może być podstawą*

zarzucenia wykonawcy niedochowania należytej staranności wymaganej od przedsiębiorcy przez art. 355 § 2 k.c.”.

Ponadto Zamawiający potwierdza, że w przypadku braku rozbieżności zapisów dokumentacji przetargowej, decydujące są zapisy na korzyść Wykonawcy, zgodnie z przyjętą linią orzecniczą, jak również w przypadku niejasności wymagań SIWZ. Powyższe nie jest jednak tożsame z różnicą w interpretacji przez strony stosunku zobowiązaniowego, obiektywnie jednoznacznych zapisów dokumentacji.

Pytanie 3

Wykonawca zwraca się z pytaniem, czy Zamawiający zdaje sobie sprawę z tego, jakie konsekwencje spowoduje brak jednoznacznego określenia parametrycznej liczby nadzorów autorskich, jakie muszą zostać wykonane przez Wykonawcę w trakcie trwania robót budowlanych? Brak jednoznacznej informacji w tym zakresie powoduje, że wykonawcy są zmuszeni w kalkulować w cenę ofertową kwotę, która stanowiła będzie zabezpieczenie ryzyka, jakie mogą ponieść. Kwota ta będzie więc nieadekwatna do rzeczywiście poniesionych nakładów pracy. W związku powyższym, czy Zamawiający wyraża zgodę na w kalkulowanie w ofertę dodatkowej kwoty wynikłej z powyższego ryzyka, jakim jest brak sprecyzowania liczby nadzorów autorskich przez Zamawiającego? Oczywiście wskazujemy równocześnie, iż takie zapisy SIWZ są niegospodarne i naruszają dyscyplinę finansów publicznych, gdyż w skutek nieprecyzyjnego określenia przedmiotu umowy powodują zwiększenie ofert cenowych Wykonawców. Prosimy serdecznie tak ukształtować zapisy w zakresie przedmiotu umowy, aby nie naruszać przepisów prawa i nie działać na szkodę Wykonawców.

Odpowiedź:

Zamawiający określił zarówno maksymalny czas trwania etapu nadzoru autorskiego (36 miesięcy dla każdego zakresu), jak również czynności wchodzących w ich skład (OPZ, cz. 3: ETAPY/TERMINY, ETAP 4: Nadzory autorskie (NA)). Wykonawca, jako profesjonalista na podstawie powyższych informacji oraz specyfiki poszczególnych budynków objętych przedmiotem zamówienia szacuje liczbę koniecznych nadzorów. Należy założyć, że w trakcie realizacji robót budowlanych Zamawiający oprócz bieżącego nadzoru autorskiego wymagał będzie udziału Wykonawcy w cotygodniowych naradach koordynacyjnych oraz w odbiorach częściowych i końcowych.

Zamawiający przypomina jednocześnie, że ilość koniecznych nadzorów nad realizacją zamówienia wynikać będzie w głównej mierze z jakości i szczegółowości dokumentacji wykonanej w ramach zadania przez Wykonawcę.

Pytanie 4

Wykonawca zwraca się z prośbą o wyjaśnienie, czy wskazane w § 10 ust. 2d w załączniku nr 3 do SIWZ kary umowne naliczane będą za opóźnienie zwykłe czy też za jego kwalifikowaną formę tj. za zwłokę?

W tym miejscu należy wskazać, że instytucja kary umownej została określona w art. 483 § 1 KC jako suma pieniężna dla naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego. Co do zasady zatem, kara umowna przewidziana w art. 483 § 1 KC stanowi odszkodowanie umowne i jak każde odszkodowanie przysługuje na zasadzie winy, a zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się w pełni z zakresem ogólnej odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (art. 471 KC)¹. Wobec powyższego, zobowiązany do zapłaty tej kary może bronić się zarzutem - podobnie jak każdy dłużnik zobowiązany do naprawienia szkody stosownie do art. 471 KC - że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności².

Ponadto należy wskazać, że przedstawiciele doktryny nauk prawnych negują możliwość takiego ukształtowania stosunku zobowiązaniowego, w którym nastąpi całkowite oderwanie kary umownej od przestanki winy. Stanowisko to uzasadnione jest tym, że całkowite wyłączenie przestanki negatywnej dochodzenia kar umownych w postaci winy dłużnika spowodowałoby, iż kara umowna przybrałaby postać zobowiązania o charakterze wyłącznie gwarancyjnym, co pozostawałoby w sprzeczności z jej istotą, jako świadczenia powiązanego z odpowiedzialnością kontraktową dłużnika

Jak trafnie podnosi się w literaturze w myśl art. 476 KC opóźnienie (inaczej „opóźnienie zwykłe” lub opóźnienie sensu stricto) ma miejsce wówczas, gdy dłużnik nie spełnia świadczenia we właściwym czasie z przyczyn, za które nie ponosi odpowiedzialności. Opóźnienie zwykłe nie stwarza co do zasady negatywnych następstw prawnych dla dłużnika (z wyjątkiem zobowiązania pieniężnego i obowiązku

zapłaty odsetek). Zwłoka (inaczej: opóźnienie kwalifikowane) ma miejsce wówczas, gdy dłużnik nie spełnia świadczenia we właściwym czasie z przyczyn, za które ponosi odpowiedzialność. Oceny, czy chodzi o okoliczności, za które dłużnik ewentualnie odpowiada, dokonuje się według ogólnych zasad odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (art. 471-474 KC). Podkreślenia wymaga to, że bogata linia orzecznicza Sądu Najwyższego wskazuje, że w przypadku kary umownej zastrzeżonej na wypadek nieterminowego wykonania zobowiązania, **kara należy się tylko wtedy, gdy dojdzie do zwłoki dłużnika, a nie do niezawinionego przez niego opóźnienia.**

Przykładowo należy w tym zakresie wskazać na następujące orzeczenia:

- razie kary umownej zastrzeżonej na spadek niewykonania zobowiązania, kara należy się jedynie, gdy dojdzie do zwłoki dłużnika (art. 476 KC). Dłużnik może się uwolnić od obowiązku zapłaty kary umownej, jeżeli obali wynikające z art. 471 KC domniemanie, że opóźnienie w spełnieniu świadczenia jest następstwem okoliczności, za które ponosi odpowiedzialność³;
- niezbędną przesłanką dochodzenia kary umownej jest tylko takie niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność (art. 471 KC)
- „Kara umowna (art. 483 § 1 KC) należy się wierzycielowi, jeżeli niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność i jeżeli wierzyciel doznał szkody [...]”.
- „niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (określonego obowiązku kontraktowego) z przyczyn, za które odpowiada strona zobowiązana, stanowi podstawową przesłankę powstania roszczenia o zapłatę kary umownej (art. 483 KC w związku z art. 471 KC) ”⁸;
- „[...] w wypadku kary umownej zastrzeżonej na wypadek nieterminowego spełnienia świadczenia niepieniężnego 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. Powyższa przesłanka roszczenia o zapłatę kary umownej jest konsekwencją ujęcia kary umownej w przepisach art. 483 i 484 KC jako surogatu odszkodowania należnego z tytułu odpowiedzialności kontraktowej j...]”⁹.

Mając zatem na uwadze przyjęte i niekwestionowane w tym zakresie stanowisko orzecznictwa i doktryny nauk prawnych¹⁰ wypracowane na gruncie przepisów dotyczących kar umownych, należy uznać, że **kara umowna wskazana w § 10 ust. 2d w załączniku nr 3 do SIWZ obejmować może jedynie takie przypadki niedotrzymania terminu realizacji Umowy, które pozostają przez Wykonawcę zawinione, a zatem zwłokę (jako kwalifikowaną formę opóźnienia) a nie opóźnienie zwykłe.** Należy podkreślić, że kara umowna, wbrew swej nazwie, nie jest karą w ścisłym tego słowa znaczeniu, lecz **sankcją cywilnoprawną na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania.** Prócz funkcji represyjnej i kompensacyjnej kary umownej, pełni ona ważną rolę dla zabezpieczenia wykonania zobowiązania, zwiększając tym samym realności wykonania zobowiązania oraz ułatwienie naprawienia szkody. Zadania te można określić mianem funkcji stymulacyjnej kary umownej, bowiem **zastrzeżenie kary umownej ma mobilizować dłużnika do prawidłowego wykonania zobowiązania.** Jednocześnie istotne znaczenie ma funkcja symplifikacyjna kary umownej, która stanowi ułatwienie dochodzenia przez wierzyciela kary umownej w procesie. Wierzyciel bowiem nie ma obowiązku wykazania ani faktu powstania szkody, ani jej wysokości. Zobligowany jest jedynie udowodnić, że kara umowna została skutecznie zastrzeżona oraz że doszło do nienależytego wykonania lub niewykonania zobowiązania.

W związku z przeprowadzonym powyżej dowodem prosimy o potwierdzenie, iż w przypadku dalszego utrzymywania przez Zamawiającego naliczania kar za opóźnienia Zamawiający celowo ukształtował tak zapisy SIWZ aby:

- Naruszyć dyscyplinę finansów publicznych w skutek kształtowania zapisów SIWZ w taki sposób który skutkuje podwyższeniem poziomu kosztowego ofert wykonawców w skutek niemożliwego do oszacowania ryzyka
- Umożliwić zasadę uczciwej konkurencji poprzez faworyzowanie podmiotów posiadających historie współpracy z Zamawiającym a tym samym monopolizując rynek.

Odpowiedź:

Postanowienie wzoru umowy wskazane przez Wykonawcę (§ 10 ust. 2 lit. d) dot. opóźnienia w przekazaniu dokumentów potwierdzających posiadanie przez Wykonawcę ubezpieczenia OC („Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne w przypadku opóźnienia w przekazaniu Zamawiającemu dokumentów

potwierdzających, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej na warunkach określonych w umowie zgodnie z wymaganiami § 6 - w wysokości 1 000,00 zł (słownie: jeden tysiąc złotych) za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia”). Zamawiający domniemuje, iż pytanie dotyczy postanowień zawartych w § 10 ust. 2 lit. a, b i d Wzoru umowy.

Zamawiający wyjaśnia, iż jako dysponent środków publicznych jest zobowiązany do wydatkowania ich zgodnie z art. 44 ust. 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych. Tym samym jest zobligowany do stosowania narzędzi gwarantujących należyte wykonanie przedmiotu umowy, takich jak kary umowne, a w przypadku zaistnienia okoliczności wskazanych w umowie warunkującym ich nałożenie - do naliczenia kar. Zatem zarzut Wykonawcy dotyczący naruszenia dyscypliny finansów oraz zasad uczciwej konkurencji poprzez wprowadzenie kar za nieterminowe wykonanie zamówienia jest dla Zamawiającego w tym kontekście bezzasadny.

Tym niemniej Zamawiający, w celu doprecyzowania okoliczności naliczenia kar wskazanych w umowie, wyraża zgodę na wniosek Wykonawcy i działając na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, zmienia treść SWIZ w następujący sposób:

- § 10 ust. 2 lit a. otrzymuje brzmienie:
„a. za każdy rozpoczęty dzień **zwłoki** w którymkolwiek z terminów realizacji etapów przedmiotu umowy określonych w § 3 ust. 1 - w wysokości 0,5% wartości umowy brutto dla odpowiedniego zakresu, o którym mowa w § 5 ust. 2”;
- § 10 ust. 2 lit b. otrzymuje brzmienie:
„b. za każdy rozpoczęty dzień **zwłoki** w spełnieniu obowiązku (poza innymi obowiązkami określonymi w niniejszym ustępie), dla którego Zamawiający lub Strony ustaliły termin realizacji (np. na wprowadzenia poprawek do dokumentacji na podstawie uwag Zamawiającego, o których mowa w § 3 ust. 2, przekazania dowodów optacenia ubezpieczenia) - w wysokości 0,1% wartości umowy brutto dla odpowiedniego zakresu, o którym mowa w § 5 ust. 2;”
- § 10 ust. 2 lit d. otrzymuje brzmienie:
„d. w przypadku **zwłoki** w przekazaniu Zamawiającemu dokumentów potwierdzających, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej na warunkach określonych w umowie zgodnie z wymaganiami § 6 - w wysokości 1 000,00 zł (słownie: jeden tysiąc złotych) za każdy rozpoczęty dzień **zwłoki**”;

Pytanie 5

Czy dokumenty jakimi dysponuje Zamawiający są dostępne również w wersji elektronicznej i czy Zamawiający gwarantuje prawidłowość danych w nich zawartych i bierze za nie pełną odpowiedzialność?

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, że udostępnił na swojej stronie, na której zamieszczona została SIWZ, załączniki, które Wykonawca jest zobowiązany złożyć Zamawiającemu, w celu ułatwienia przygotowania oferty oraz dokumentów potwierdzających spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a Wykonawca jest zobowiązany do ich weryfikacji oraz przygotowania w celu złożenia Zamawiającemu w należytej starannością (patrz odpowiedź na pytanie 2).

W przypadku pozostałych opracowań, Zamawiający informuje, że dokumenty którymi dysponuje zostały przygotowane z należyłą starannością. Ocena ich przydatności do realizacji niniejszego zamówienia należeć będzie do Wykonawcy. W większości Zamawiający dysponuje nimi w formie elektronicznej. W przypadku występowania dokumentów wyłącznie w formie papierowej (np. archiwalna dokumentacja budynków zabytkowych), Zamawiający przekaże Wykonawcy wersje elektroniczną w postaci skanów po wcześniejszym uzgodnieniu zakresu i terminu w trakcie realizacji zamówienia.

Zgodnie z odpowiedzią na pytanie 2, Zamawiający przypomina, iż Wykonawca jest zobowiązany do zapoznania się z całą dokumentacją z należyłą starannością, a w przypadku niejasności lub rozbieżności w dokumentacji Wykonawca jest zobowiązany do ich wyjaśnienia przed terminem składania ofert.

Pytanie 6

Definicja pojęcia „Wada” obejmująca swoim zakresem również wszelkie braki wynikające z niewykonania lub niewłaściwego wykonania przedmiotu umowy lub jego części jest na tyle ogólna, że w zasadzie każda jakakolwiek również najdrobniejsza usterka wchodzi w zakres tego pojęcia. Pojęcie wada powinno być definiowane na podstawie norm kodeksu cywilnego. Jeżeli jest potrzeba uszczegółowienia to nie mogą to

być wszelkie usterki, ale np. usterki istotne - chociaż i takie ujęcie jest niedookreślone i może wywoływać zbędne rozbieżności interpretacyjne. Wnosimy o doprecyzowanie zapisu.

Odpowiedź

Zamawiający informuje, że pojęcie „wady” rozumie zgodnie z przepisami Kodeksu cywilnego i w związku z tym nie ma potrzeby jej definiowania.

Pytanie 7

Nadmienić należy, że w umowie nie uwzględniono kar dla Zamawiającego za nieterminową wypłatę wynagrodzenia.

Zapis taki łamie zasadę równości stron w stosunku cywilno - prawnym, żadna ze stron nie jest nadrzędna w stosunku do drugiej i nie ustala jednostronnie praw i obowiązków (art. 210, art. 1183 kpc). Wobec powyższego zwracamy się o ujednoczenie zapisów umowy poprzez zawarcie jednakowych warunków naliczania kar umownych dla każdej ze stron. Zapis obecnie zawarty w umowie nosi znamiona klauzuli abuzywnej. Niedopuszczalna jest sytuacja, gdy Zamawiający ma możliwość nieterminowego wywiązania się ze swoich obowiązków bez ponoszenia konsekwencji. Zatem należy ujednoczyć zapisy wprowadzając równą odpowiedzialność zamawiającego jak i Wykonawcy. utrzymanie dotychczasowych zapisów nosi znamiona klauzuli abuzywnej, a powszechnie znane jest stanowisko Sądów cywilnych i ich linia orzecznicza w tym zakresie. Utrzymanie takiego zapisu narusza zasady finansów publicznych, bo może prowadzić do unieważnienia całego postępowania.

Odpowiedź

Zamawiający wyjaśnia, że kara umowna może być zastrzeżona wyłącznie za niespełnienie zobowiązania niepieniężnego, zgodnie z art. 483 § ust. 1. Kodeksu cywilnego „Można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna)”. Zapłata wynagrodzenia jest natomiast zobowiązaniem pieniężnym. W taki wypadku kara umowne jest prawnie niedopuszczalna, a w konsekwencji i tak byłaby nieważna z mocy prawa (patrz. wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 19.07.2017 r., I ACa 220/17). Zamawiający przypomina, że zgodnie z przepisami prawa Wykonawca ma prawo żądać od Zamawiającego ustawowych odsetek w razie opóźnienia w płatności.

W związku z powyższym Zamawiający podtrzymuje dotychczasowy zapis SIWZ dotyczące kar umownych, z uwzględnieniem modyfikacji wskazanych w odpowiedzi na pytanie nr 4, zawartej w niniejszym piśmie.

Udzielone odpowiedzi do treści SIWZ oraz jej modyfikacja nie prowadzą do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, stanowią integralną część SIWZ i zamieszczone zostały na stronie internetowej, na której jest udostępniona SIWZ, a Wykonawcy zobowiązani są do uwzględnienia ich w treści sporządzanych ofert.

Dyrektor Muzeum Śląskiego

Alicja Knast