Kornowac, dnia 7.07.2014 r.

Gmina Kornowac

ul. Raciborska 48

44-285 Kornowac

RI.271.9.2014.RM

P/318/06/14

**ODPOWIEDŹ**

**NA ZADANE PYTANIA DO SPECYFIKACJI ISTOTNYCH**

**WARUNKÓW ZAMÓWIENIA**

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn.

REMONT DROGI UL. RACIBORSKA

W KORNOWACU (ODCINEK BOCZNY)

**Pytanie 1**

 Dotyczy : par. 9, ust. 1, ppkt 1 : Wnosimy o zmianę wysokości kar  do 0,1 % - który jest powszechnie przyjęty w tego typu zamówieniach i nie narusza zasady miarkowania kar umownych. Wprawdzie możliwość dochodzenia kary umownej nie jest uzależniona wprost od wystąpienia szkody, jednak ocena zaistniałej z tego powodu szkody może mieć wpływ na ograniczenie wysokości dochodzonej kary umownej (por. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 kwietnia 2006 r., sygn. akt V CSK 34/06).Co więcej, Sąd Najwyższy podniósł, że oceniając, czy kara umowna jest rażąco wygórowana, czy nie, należy kierować się wysokością rzeczywiście poniesionej szkody (rozumianej szeroko jako wszelkie negatywne konsekwencje niewykonania zobowiązania; tak m.in. SN w wyroku z 14 kwietnia 2005, sygn. akt II CK 626/04), a dokładniej – wysokością odszkodowania, jakie byłoby należne wierzycielowi na zasadach ogólnych. Wynika to z brzmienia art. 484 § 2 k.c., który odnosząc się do :rażąco wygórowanej” kary, implikuje istnienie znacznej dysproporcji między poniesioną szkodą a żądaną karą. I choć na etapie decydowania o tym, czy kara umowna się należy, czy nie, istnienia szkody poniesionej przez wierzyciela nie bierze się w ogóle pod uwagę (szkoda nie ma bowiem znaczenia dla ustalenia, czy kara się należy, czy nie), to przy ocenie wysokości kary umownej w związku z jej miarkowaniem trzeba wziąć pod uwagę nie tylko jej istnienie, ale i rozmiar.

**Pytanie 2**

       Dotyczy : par. 9, ust. 1, ppkt 1 : Wnosimy o zmianę z "opóźnienia" na zwłokę. Wykonawca nie może odpowiadać za opóźnienia w dotrzymaniu terminów umownych zależne np. od Zamawiającego. Na poparcie niniejszego stanowiska można wskazać wyrok SN z dnia z 17.06.2003 r.. III CKN 122/01: “Kara umowna ma na celu naprawienie szkody poniesionej przez wierzyciela na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. W art. 483 § 1 k.c. wyraźnie mowa jest o naprawieniu szkody, które następuje przez zapłatę kary umownej, a w art. 484 § 1 k.c. ustawodawca wskazuje, że kara umowna należy się bez względu na wysokość poniesionej szkody. Ustawowe określenie "bez względu na wysokość poniesionej szkody" nie może być utożsamiane z określeniem "niezależnie od poniesienia szkody". Ponadto zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 16 stycznia 2013 roku, sygnatura akt II CSK 331/2012 za opóźnienia, które są wynikiem złych  warunków atmosferycznych w trakcie realizacji kontraktów na roboty budowlane nie powinna być naliczona kara umowna za ten okres. Z sentencji tego wyroku wynika, że zła pogoda wyłącza odpowiedzialność wykonawcy, skoro nie ma on z tego powodu możliwości ukończenia robót w terminie.

**Pytanie 3**

 Wnosimy o dodatnie do umowy §9 ust. 4 o treści: „Zamawiający zapłaci Wykonawcy karę umowną w wysokości 5% wynagrodzenia umownego za odstąpienie od umowy z przyczyn zależnych od Zamawiającego.”

**Odpowiedzi na zadane pytania nr: 1, 2, 3**

Działając w imieniu zamawiającego Gminy Kornowac, zgodnie z art. 38 ust. 1, 2 i 6 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), **wyjaśniam:**

Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych zwana dalej „Pzp” w art. 38 ust. 1 przewiduje, że *Wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.* Natomiast wyżej wymienione „pytania” nadesłane w dniu 2 lipca 2014 r. nie dotyczą wyjaśnienia treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, lecz w rzeczywistości stanowią wniosek o dokonanie zmian projektu umowy w przedmiotowym postępowaniu. Wobec tego należy wskazać, że ustawodawca w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego nie przewidział możliwości na ustalanie treści umowy, czy poszczególnych jej postanowień. Jakkolwiek więc wykonawca może zwrócić się do zamawiającego o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a więc również o wyjaśnienie postanowień wzoru umowy, to jednak zamawiający nie jest zobligowany do dokonywania zmian tej umowy w sposób proponowany przez podmiot zwracający się o wyjaśnienia na podstawie art. 38 ust. 1 Pzp.

Ustosunkowując się merytorycznie do treści wyżej wskazanych „pytań” wyjaśniam, że kwestionowane postanowienia § 9 projektu umowy dotyczące kar umownych nie są sprzeczne z prawem. Nie istnieje „powszechnie przyjęta wysokość kary umownej” i wobec tego nie podstaw do uznania, że zamieszczona w § 9 ust. 1 pkt 1 kara umowna w wysokości 0,5% za każdy dzień opóźnienia jest niezgodna z prawem. Zupełnie niezrozumiałe są wywody o „naruszaniu zasady miarkowania kar umownych”. Zgodnie z art. 484 §2 Kodeksu cywilnego *Jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana.* Z treści tego przepisu w sposób jednoznaczny wynika, że dłużnik zawsze może żądać zmniejszenia kary umownej, niezależnie od jej wielkości. Natomiast użyte w tym przepisie pojęcie *rażąco wygórowana* nie zostało przez ustawodawcę zdefiniowane. Oznacza to, ze w każdym przypadku następuje indywidualna ocena czy kara umowna jest rażąco wygórowana, a instytucja miarkowania kary umownej opiera się w dużym stopniu na uznaniu sędziowskim uwzględniającym konkretne okoliczności sprawy.

Zamawiający nie znajduje również żadnych podstaw do wprowadzania w umowie kary umownej dla zamawiającego w przypadku odstąpienia od umowy z przyczyn zależnych od Zamawiającego”. Zgodnie z art. 139 ust. 1 Pzp *Do umów w sprawach zamówień publicznych, zwanych dalej "umowami", stosuje się przepisy* [*ustawy*](http://lex.online.wolterskluwer.pl/WKPLOnline/index.rpc#hiperlinkText.rpc?hiperlink=type=tresc:nro=Powszechny.1284582:ver=0&full=1) *z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.* Żaden z przepisów Pzp nie przewiduje obowiązku zamieszczania w umowach w sprawach zamówień publicznych kar umownych dla zamawiającego. Natomiast kwestie związane z odstępowaniem od umowy oraz odszkodowań z tego tytułu w sposób wyczerpujący regulują przepisy Kodeksu cywilnego.

Odnośnie żądania zmiany w § 9 ust. 1 pkt 1 umowy poprzez zastąpienie słowa „opóźnienie” słowem „zwłoka”, należy wskazać, iż Kodeks cywilny w art. 656 posługuje się pojęciem „opóźnienie”. To pojęcie użyte jest również w art. 481 § 1 Kodeksu cywilnego, który reguluje kwestie związane z zapłatą, a więc wynikający z przedmiotowej umowy zobowiązaniem zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Gmina Kornowac nie znajduje podstaw do wprowadzenia żądanych zmian w projekcie przedmiotowej umowy.

Wójt Gminy Kornowac

Grzegorz Niestrój