

Wałbrzych, 8.05.2020 r.

DU.260.24.2020.
RZP/260/PN/24/2020/DR/1

dot. postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie pn.: „Przebudowa Placu Konstytucji 3 Maja w Wałbrzychu w ramach rewitalizacji – połączenie dostępności komunikacyjnej, zwiększenie bezpieczeństwa ruchu drogowego”

W odpowiedzi na pismo z dnia 7.05.2020 r., Zamawiający działając na podstawie art. 38 ust. 1 oraz ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2019.1843 ze zm.) wyjaśnia, co następuje:

Pytanie 1:

W związku z treścią Rozdziału V.9.2 ust 8 SIWZ, Wykonawca wnosi o uzasadnienie i wskazanie przyczyny wprowadzenia zakazu potrącania jakichkolwiek roszczeń z Wynagrodzenia Podwykonawcy. Wskazujemy, iż Zamawiający wprowadza daleko idącą nierówność stron, tj. stawia w korzystniejszej sytuacji Podwykonawcę w zakresie zamówienia publicznego niż Wykonawcę, którego wynagrodzenie może zostać pomniejszone przez Zamawiającego. Wskazujemy, iż takie zapisy prowadzą do niemożności wyegzekwowania przez Wykonawcę od Podwykonawców zachowań zgodnych z zasadami BHP, albowiem Wykonawca nie może potrącić kar za zachowania zagrażające życiu i zdrowiu na budowie. Wnosimy o udzielenie odpowiedzi, czy Zamawiający wprowadzając przedmiotowy zakaz zapoznał się z bieżącym orzecznictwem Sądu Najwyższego w tym z orzeczeniem z dnia 09.11.2018 r. o sygn. V CSK 501/17 (w zakresie możliwości potrącenia kaucji gwarancyjnej), a jeżeli nie to dlaczego? Jednocześnie wskazujemy, że odpowiedzialność Zamawiającego o którym mowa w art. 143c pzp odnosi się wyłącznie do wynagrodzenia wymagalnego, tj. takiego, które jest należne w świetle postanowień umowy o podwykonawstwo i którego termin zapłaty już nadszedł (vide: Komentarz do ustawy pzp - Dzierżanowski Włodzimierz, Jerzykowski Jarosław, Stachowiak Małgorzata, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. VII), wobec czego potrącenie dokonane zgodnie z treścią umowy o podwykonawstwo nie rodzi współodpowiedzialności Zamawiającego. W przypadku odmiennego stanowiska wnosimy o wskazanie jego podstawy.

Zamawiający w swoich dotychczasowych odpowiedziach wskazuje na problem zabezpieczenia, który to problem został rozwiązany przez Sąd Najwyższy o czym mowa powyżej. W sytuacji w której Zamawiający nie akceptuje stanowiska Sądu Najwyższego w zakresie potrącania kwot celem utworzenia kaucji gwarancyjnej, odpowiedzi Zamawiającego dalej nie tłumaczą zakazu potrącania innych należności w szczególności niezwykle ważnych dla bezpieczeństwa inwestycji kar z tytułu naruszeń BHP. Wnosimy o wyjaśnienie podstawy zakazu potrącania jakichkolwiek należności z wynagrodzenia Podwykonawców (w tym np. należności za materiały budowlane refakturowane) pomijając dotychczasowe stanowisko odnośnie. Wykonawca zwraca uwagę, że do roku 2019 r. interes tut. Zamawiającego był wystarczająco zabezpieczony odnosząc zakaz potrącania wyłącznie do kwestii zabezpieczenia umowy. Wnosimy o wskazanie przyczyny zmiany stanowiska.

Wykonawca dodatkowo wskazuje, iż w dobie kryzysu gospodarczego forma potrącania jest jedyną formą płatności na jaka może pozwolić sobie wielu lokalnych przedsiębiorców.

Wnosimy o zmianę zapisów SIWZ i usunięcie zakazu potrącania lub ograniczenie zakazu potrącania do potrąceń Wykonawcy na rzecz zabezpieczenia należytego wykonania umowy i usunięcia wad i usterek.

Odpowiedź

Art. 143 c ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wyznacza minimalny zakres ochrony, jaki zamawiający zapewnia podwykonawcom. Z powyższego nie można jednak wywodzić zakazu wprowadzenia postanowienia

umownego, które zwiększałyby tę ochronę, o treści takiej jak wskazano w SIWZ. Kwestionowane postanowienie służy ochronie wynagrodzenia podwykonawców. Zamawiający konstruuje kwestionowany zapis dostrzegł, że konieczność rozstrzygnięcia zasadności potrąceń czy skuteczności prawa wstrzymania się z zapłatą wynagrodzenia na rzecz podwykonawcy, mogłoby uniemożliwić lub znacznie utrudnić zamawiającemu realizację bezpośrednich płatności na rzecz podwykonawców.

Kwestionowany zakaz potrąceń nie narusza przepisu art. 498 § 1 k.c., który stanowi, że gdy dwie osoby są względem siebie jednocześnie dłużnikami i wierzycielami, każda z nich może potrącić swoją wierzytelność z wierzytelnością drugiej strony, jeżeli przedmiotem obu wierzytelności są pieniądze lub rzeczy tej samej jakości oznaczone tylko co do gatunku, a obie wierzytelności są wymagalne i mogą być dochodzone przed sądem lub innym organem państwowym. Przepis art. 498 § 1 k.c. nie ma charakteru *ius cogentis* i wyłączenie możliwości potrąceń z wynagrodzeniem należnym podwykonawcy nie godzi zatem w ten przepis. (wyrok KIO 1477/16).

Zamawiający informuje, że podmiotem finansującym jest Gmina Wałbrzych – Zarząd Dróg, Komunikacji i Utrzymania Miasta w Wałbrzychu. Zamawiający nie zmienia zapisu rozdziału V.9.2.8. SIWZ - IDW, albowiem zapis ten ma na celu ochronę interesu finansów publicznych przed możliwymi w przyszłości sytuacjami, które mogą skutkować nałożeniem na Zamawiającego obowiązku zwrotu na rzecz podwykonawcy kwoty, która została potrącona np. tytułem zabezpieczenia. Zapis ten ma istotne znaczenie dla zabezpieczenia interesów Gminy Wałbrzych w przypadkach kontraktów trwających kilka lat (m.in. z uwagi na okres udzielonej gwarancji), gdzie kwoty zabezpieczenia zwracane są podwykonawcom w okresie gwarancji, po zakończeniu wykonania robót. Wykonawca ma możliwość skonstruowania zapisu umowy w taki sposób, aby wpłata zabezpieczenia nie była dokonywana przez potrącenie wynagrodzenia podwykonawcy.

Pytanie 2:

Wnosimy o wskazanie wszystkich podmiotów finansujących przedmiotowe zamówienie.

Odpowiedź

Jedynym podmiotem finansującym przedmiotowe zamówienie jest Gmina Wałbrzych – Zarząd Dróg, Komunikacji i Utrzymania Miasta w Wałbrzychu.

Pytanie 3:

Czy którykolwiek z podmiotów współfinansujących niniejsze Zamówienie, innych niż Gmina Wałbrzych lub jej jednostki organizacyjne, wyraził stanowisko w którym nakazuje/sugeruje wprowadzenie zakazu potrącania jakichkolwiek wierzytelności z wynagrodzenia Podwykonawców. Jeżeli takie stanowisko istnieje wnosimy o przekazanie.

Odpowiedź

Patrz odpowiedź na pytanie nr 2

Pytanie 4:

Czy katalog obowiązków Wykonawcy o którym mowa w § 7 ust. 2 wzoru umowy jest katalogiem otwartym? Wnosimy o udzielenie odpowiedzi twierdzącej lub przeczącej. Jeżeli Zamawiający udzieli odpowiedzi twierdzącej wnosimy o wskazanie w jakie sposób Zamawiający będzie rozwijał katalog obowiązków Wykonawcy.

Odpowiedź

Wykonawca ma wykonać przedmiot zamówienia zgodnie z dokumentacją projektową, Prawem budowlanym, obowiązującymi przepisami, sztuką budowlaną i wiedzą inżynierską. Jeżeli Wykonawca uważa, że jakiś element przedmiotu zamówienia nie został uwzględniony w SIWZ, to na etapie od publikacji ogłoszenia powinien zgłosić ten fakt Zamawiającemu jako wniosek o zmianę SIWZ. Zamawiający nie zmienia zapisów umowy.

Pytanie 5:

Czy Zamawiający interpretuje katalog obowiązków z § 22 Ustawy prawo budowlane jako katalog otwarty?

Odpowiedź

Ustawa Prawo budowlane jest prawem powszechnie obowiązującym. Wykonawca zobowiązany jest do jej przestrzegania z uwzględnieniem obowiązującego orzecznictwa sądów powszechnych.

Pytanie 6:

Wnosimy o wskazanie czy Zamawiający zamierza karać Wykonawcę za przekroczenie terminów umownych z przyczyn niezależnych od Wykonawcy. Wykonawca precyzując zagadnienie informuje, iż wnosi wyłączenie o potwierdzenie, że Zamawiający będzie karał Wykonawcę za przekroczenie terminów umownych z przyczyn od niego niezależnych lub zaprzeczenie tej okoliczności.

Odpowiedź

Art. 473§ 1 k.c. umożliwia stronom rozszerzenie odpowiedzialności kontraktowej dłużnika w drodze umowy. To w oparciu o ten przepis zamawiający wprowadził do umowy kary umowne z tytułu opóźnienia, a nie zwłoki. Wynikająca z kodeksu cywilnego ogólna reguła odpowiedzialności na zasadzie winy może być wola stron rozszerzona, przez objęcie obowiązkiem naprawy szkody (zapłaty kary umownej) również okoliczności przez wykonawcę niezawinionych. W przypadku umów zawieranych w trybie ustawy Pzp należy mieć na uwadze ich specyfikę, polegającą na tym, że zamawiający wyposażony jest w uprawnienia do kształtowania treści umowy, co samo w sobie nie stanowi o nadużyciu zasady swobody umów i naruszenia zasad współżycia społecznego. Zamawiający jest natomiast obowiązany określić postanowienia umowy w sprawie zamówienia publicznego tak, aby cel zamówienia publicznego, tj. zaspokojenie określonych potrzeb publicznych został osiągnięty. O ile zasada swobody umów wymaga zgody obu stron, o tyle na gruncie zamówień publicznych - to zamawiający określa zasady, na których umowę chce zawrzeć, zgodnie z jego potrzebami i wymaganiami związanymi z celem zamówienia, które zabezpieczają jego interes w wykonaniu zamówienia. Zamawiający działa w interesie publicznym i ryzyko niepowodzenia zamierzonego w danym postępowaniu celu prowadzić może do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości. (wyrok KIO 484/18 z dnia 6 kwietnia 2018r.). Na marginesie wskazać należy, że Zamawiający w treści umowy przewidział możliwość ustalenia nowego terminu zakończenia umowy, jeśli wystąpią przyczyny niezależne od Wykonawcy z powodu których nie będzie możliwe zakończenie umowy w podstawowym terminie.

sporządzili
Krzysztof Gromadzki
- członek komisji przetargowej
Agnieszka Plesner
- sekretarz komisji przetargowej

DYREKTOR
Krzysztof Szewczyk

