

MZC.271.5.2.2020.GO

Włodawa, dnia 1 czerwca 2020 r.

**Dot. Wyjaśnienie do SIWZ na wniosek Wykonawcy**

W dniu 1.06.2020 r. do Zamawiającego wpłynął wniosek złożony w trybie art. 38 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019, poz. 1843), w którym Wykonawca wnosi o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu na: „Odbiór i transport odpadów komunalnych (lata 2020-2023) pochodzących z nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych położonych na terenie gmin: Podedwórze i Sosnówka – Sektor nr I Międzygminnego Związku Celowego z siedzibą we Włodawie”.

**Pytanie:**

*Jak należy rozumieć, co do wysokości kwoty, zapis paragrafu 13 ust. 3 umowy, który brzmi: „3. Zamawiający zwróci 100% zabezpieczenia w terminie 30 dni od dnia wykonania zamówienia i uznania przez Zamawiającego za należycie wykonane”? W jakiej wysokości Zamawiający zwróci zabezpieczenie wpłacone w pieniądzu, w szczególności czy będzie to kwota równa, co do wysokości, kwocie w chwili wniesienia zabezpieczenia?*

**Odpowiedź:**

Zapis par. 13 ust. 3 umowy co do 100% zabezpieczenia odnosi się do zapisu w kwestii uregulowanej w art. 151 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Zapis ten nie odnosi się do kwestii wysokości kwoty, ponieważ w zapisie tym nie użyto sformułowania "100% kwoty zabezpieczenia", tak jak wyraźnie o tym mówi art. 150 ust. 4 ustawy Pzp, ale użyto zwrotu "100% zabezpieczenia" tak jak jest to ujęte w art. 151 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Powyższe oznacza, że należy odróżnić znaczenie w obu przypadkach. Tym samym, kiedy w zamówieniach publicznych używany zwrot "% zabezpieczenia" to ma on inne znaczenie niż "% kwoty zabezpieczenia" i nie odnosi się on do wysokości zabezpieczenia.

W związku z tym w zapis par. 13 ust. 3 umowy mówiąc o "100% zabezpieczenia", jak wskazano wyżej, odnosi się do regulacji zawartej w art. 151 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Zapis ten podkreśla, że po wykonaniu umowy Zamawiający nie będzie stosował zapisu art. 151 ust. 2 ustawy Pzp i nie zatrzyma 30% wysokości zabezpieczenia na poczet rękojmi, czyli nie dokona podziału zabezpieczenia tam przewidzianego. Powyższe oznacza, że Zamawiający zwróci po wykonaniu umowy całe zabezpieczenie, czyli 100%. Wynika to z faktu, że zawarta umowa jest umową o świadczenie usług w rozumieniu art. 750 Kodeksu cywilnego. Ustawa Pzp nie reguluje kwestii rękojmi, w związku z tym z uwagi na art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, zastosowanie mają tutaj przepisy Kodeksu cywilnego. Przepisy Kodeksu cywilnego nie przewidują dla umów o świadczenie usług rękojmi, a jest ona przewidziana tylko dla umów sprzedaży, dostawy (ale w rozumieniu KC, a nie Pzp), kontraktacji, o dzieło, robót budowlanych, spółki cywilnej.

W związku z tym zapis par. 13 ust. 3 co do 100% zabezpieczenia odnosi się do kwestii zatrzymania lub nie - części kwoty rękojmi, a nie wprost jej wysokości.

Ponadto zapis ten, skoro nie mówi o "100% kwoty zabezpieczenia" ale "100% zabezpieczenia", nie oznacza, że Zamawiający zwróci wykonawcy taką samą kwotę, jaka została wpłacona. Regulacja dot. zwrotu przedmiotu świadczenia i jego wysokości jest zawarta w art. 147 do 151 ust. Pzp. Powyższy przepis prawa jest przepisem bezwzględnie obowiązującym (ius cogens) w związku z tym, zapisami umowy nie można zmienić regulacji z art. 147 do 151 ust. Pzp. Takie zapisy umowy byłyby więc bezwzględnie nieważne, zgodnie z art. 58 par. 1 Kc. Zwrot nastąpi więc w wysokości wynikającej w szczególności z art. 148 ust. 5 zdanie drugie, który stanowi, że zamawiający zwraca zabezpieczenie wniesione w pieniądzu z odsetkami wynikającymi z umowy rachunku bankowego, na którym było ono przechowywane, pomniejszone o koszt prowadzenia tego rachunku oraz prowizji bankowej za przelew pieniędzy na rachunek bankowy wykonawcy.

Podsumowując, zapis umowy o zwrocie "100% zabezpieczenia" oznaczać będzie, że zamawiający zwróci 100%, czyli całe zabezpieczenie, bez pomniejszania go z uwagi na rękojmię, ale w wysokości zgodnej z regulacją z art. 148 ust. 5 zdanie drugie, po doliczeniu odsetek oraz pomniejszeniu o koszty prowadzenia rachunku i koszty przelewu. Inaczej mówiąc oznacza to, że zamawiający zwróci 100% kwoty, która będzie do wypłaty w chwili zwrotu zabezpieczenia. Nie oznacza to tym samej takiej samej kwoty co do wysokości jaka zastała zapłacona. Rozumienie tego zapisu, że zamawiający zwróci 100% wysokości wpłaconej, jest niedopuszczalne, bo jest w sposób oczywisty sprzeczne z wyraźną regulacją ustawową w art. 148 ust. 5 zdanie drugie, ponieważ z jednej strony oznaczałoby, że koszty prowadzenia rachunku i prowizji przejmuje zamawiający, a nie wykonawca, a jeśli oprocentowanie przewyższyłoby te kwoty, to oznaczałoby, że

zamawiający byłby uprawniony do zatrzymania sobie odsetek, a do tego nie upoważniają go przepisy prawa. Tak samo nie można by takiego zwrotu tłumaczyć tylko jednostronnie z korzyścią dla jednej strony umowy, np. zamawiający zwraca kwotę co najmniej równą kwocie wpłaconej plus odsetki, jeśli były naliczone.

Zamawiający wraca ponadto uwagę, że zgodnie z pkt 16.1 Części I SIWZ żąda wniesienia zabezpieczenia w kwocie wynoszącej w wysokości 7% brutto za całość przedmiotu zamówienia, co w związku z treścią umowy zapisem par. 13 ust. 1 umowy oraz brakiem wskazania tej kwoty w par. 4 ust. 3 umowy oznacza, że zgodnie z pkt 16.1 SIWZ część I kwotę zabezpieczenia liczymy od wartości całości przedmiotu umowy liczonej jako iloczyn ceny za tonę podane w ofercie wykonawcy oraz ilości odpadów odebranych w poprzednim roku z danego sektora, o której mowa w części III SIWZ.

Przewodniczący Zarządu