



ZARZĄD DRÓG POWIATOWYCH W SŁUPSKU

76-200 Słupsk
ul. Słoneczna 16e
NIP 839-25-73-515

tel.0-59-842-07-30
fax.0-59-842-02-84
REGON 770983124

ZDP-GIZ.2611.18-3.2018

Słupsk, dn. 08.08.2018 r.

WYJAŚNIENIE TREŚCI SIWZ

Zarząd Dróg Powiatowych w Słupsku, w związku z zapytaniem od Wykonawcy z dnia 01.08.2018 r. dotyczące postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego wartość szacunkowa nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, realizowanym w trybie przetargu nieograniczonego na roboty budowlane pn: **"Przebudowa drogi powiatowej nr 1112G Ustka – Gąbino (Gmina Ustka)" - II przetarg** udziela odpowiedzi jak poniżej:

Pytanie nr 1 cyt:

Po stronie Wykonawcy powstały uzasadnione wątpliwości odnośnie postanowień ujętych w par. 14 ust. 2 pkt od 1 do 12 wzorów umowy. Wykonawca pragnie zaznaczyć, że wskazane kary umowne mogą być stosowane kumulatywnie przez Zamawiającego, co przy nie określeniu limitu maksymalnego kar umownych, jak również biorąc pod uwagę wysokość zastrzeżonych kar, prowadzi do wniosku, że kary te są rażąco wygórowane.

W pierwszym rzędzie wskazać należy, że określenie kary umownej za opóźnienie w wykonaniu robót w wysokości 0,5% wynagrodzenia za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia, oznacza, że już kilkunastodniowa zwłoka w realizacji robót spowoduje naliczenie kar umownych w wysokości kilku procent wynagrodzenia Wykonawcy, co w ocenie Wykonawcy jest sankcją zbyt dotkliwą i nie adekwatną do sytuacji.

W doktrynie prawa zamówień publicznych oraz w aktualnym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych dominuje pogląd, że ustanawianie przez Zamawiającego w umowie rażąco wysokich kar umownych uznać należy bezwzględnie za naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji wyrażonej w przepisie art. 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2006 roku, nr 164, poz. 1163 z późn. zm.), które może być uzasadnioną podstawą do żądania unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy prawo zamówień publicznych z uwagi, iż postępowanie jest obciążone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Stanowisko powyższe znajduje potwierdzenie m.in. wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 lipca 2015 r. sygn. akt: KIO/1519/15. Zważyć bowiem należy, że kara umowna co do istoty ma charakter wyłącznie odszkodowawczy i kompensacyjny, a nie prewencyjny. Ustalenie przez Zamawiającego zbyt wygórowanych kar umownych dla wykonawców stanowi zatem naruszenie prawa w zakresie równości stron umowy, co w konsekwencji prowadzi do sprzeczności celu takiej umowy z zasadami współżycia społecznego i skutkować winno bezwzględną nieważnością czynności prawnej na podstawie przepisu art. 353¹ k.c. w związku z art. 58 § 1 k.c. Należy mieć również na względzie stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w wyroku z 29 listopada 2013 roku Sygn. akt I CSK 124/13, dotyczącego przesłanek miarkowania kar umownych jako rażąco wygórowanych. W uzasadnieniu wyroku Sąd Najwyższy wskazał, iż „kara umowna nie może być instrumentem służącym wzbogaceniu wierzyciela, a zatem przyznającym mu korzyść majątkową w istotny sposób przekraczającą wysokość poniesionej przez wierzyciela szkody. Celem miarkowania kary umownej

jest natomiast ochrona równowagi interesów stron i zapobieżenie nadmiernemu obciążeniu dłużnika oraz niesłusznemu wzbogaceniu wierzyciela". Ponadto w jednym ze swoich ostatnich orzeczeń (wyrok z 14 stycznia 2016 r., sygn. akt IV CSK 223/15) Sąd Najwyższy podkreślił, że obowiązujący w Polsce system zamówień publicznych niejednokrotnie zmusza potencjalnego wykonawcę do oferowania minimalnego wynagrodzenia oraz akceptowania krótkiego terminu realizacji zamówienia (np. budowy obiektu). Wykonawca jest także często zmuszony zaakceptować wysokość kary umownej w wypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. W praktyce prowadzi to często do naruszenia faktycznej równości stron zawieranej umowy, co w ocenie SN jest niedopuszczalne.

Zwracamy jednocześnie uwagę, iż w postanowieniach umów większości prowadzonych obecnie postępowań publicznych, których przedmiotem jest realizacja podobnych zakresowo inwestycji infrastrukturalnych, kara umowna za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy kształtuje się na poziomie 0,1% - 5% wartości kontraktu, a kary umowne za zwłokę w realizacji umowy, wynoszą od 0,01% do 0,1% wartości kontraktu. Wysokość kar umownych z tytułu zwłoki w realizacji umowy, jakich żądać może Zamawiający, często jest dodatkowo ograniczona w treści umowy do wysokości kar z tytułu odstąpienia od umowy, tj. do wysokości 20% wartości kontraktu netto. W ocenie Wykonawcy jest to zasadne działanie skutkujące z jednej strony dostateczną i proporcjonalną ochroną Zamawiającego w przypadku winy Wykonawcy, zaś z drugiej strony nie stwarzającą zagrożenia dla działalności firmy Wykonawcy i nie stwarzającą nadmiernego ryzyka finansowego po stronie Wykonawcy.

Mając powyższe na względzie wnosimy o zmniejszenie wysokości kar umownych wskazanych w par. 14 ust. 2 pkt 1) z tytułu przekroczenia terminu realizacji do wysokości 0,3% wynagrodzenia netto za każdy dzień zwłoki, a także wprowadzenia limitu kar umownych w wysokości 20 % wartości kontraktu netto. Ponadto wnosimy o zastrzeżenie kar umownych z tytułu uchybień określonych w par 14 ust. 2 pkt. 11) i 12) w wysokości 500 zł brutto, natomiast w par. 14 ust. 2 pkt 4), 6), 7) i 9) w wysokości 0,3% wynagrodzenia netto określonego w umowie. Zastrzeżenie kary umownej w wysokości 20% wynagrodzenia brutto przysługującego GW jest karą rażąco wygórowaną, z przyczyn które wskazane zostały powyżej Wykonawca wnosi o zmniejszenie kary umownej z tytułu o którym mowa w par 14 ust. 2 pkt 10 do pułapu 10% wynagrodzenia netto Wykonawcy. W tym miejscu wskazać należy, iż okoliczne gminy stosują przywołane przez nas standardy.

Odpowiedź na pyt. nr 1

Zamawiający informuje, że nie przewiduje możliwości zmiany wysokości kar wskazanych w w/w paragrafach projektu umowy.

Pytanie nr 2 cyt:

Wykonawca wnosi o zmianę zapisu w Par. 14 ust. 2 pkt. 1), 2), i 3) z opóźnienie na zwłoka.

Odpowiedź na pyt. nr 2

Zamawiający podtrzymuje zapisy zawarte w SIWZ.

Pytanie nr 3 cyt:

Wykonawca wnosi o zmianę Par. 1 ust 5 projektu umowy w taki sposób aby nie sugerował, iż zamawiający przewidział wynagrodzenie ryczałtowe, gdyż stoi to w sprzeczności z zapisami Par. 2 ust. 1, Par. 16 oraz Par. 1 ust. 4

Odpowiedź na pyt. nr 3

Nie przewiduje się rozliczenia poprzez zaproponowaną cenę ryczałtową. Zamawiający będzie rozliczał przedmiot zamówienia na podstawie wykazanej ceny umownej i załączonego kosztorysu ofertowego w oparciu o przedmiar robót.

Pytanie nr 4 cyt:

Wykonawca wnosi o jasne sprecyzowanie przez Zamawiającego, że cena wskazana w Par 1 ust. 2 dotyczy wynagrodzenia obmiarowego.

Odpowiedź na pyt. nr 4

Zamawiający informuje, że wycenę robót należy dokonać w oparciu o wykazaną cenę umowną i załączony kosztorys ofertowy w oparciu o przedmiar robót, na podstawie których Zamawiający będzie rozliczał przedmiot zamówienia. W ramach wynagrodzenia umownego Wykonawca musi wykonać wszystkie elementy wskazane w przedmiarze robót.

Pytanie nr 5 cyt:

Wykonawca wnosi o wskazanie, czy Par. 1 ust. 4 oraz projekt umowy przewiduje rozliczenie zgodnie z zasadami wynagrodzenia obmiarowego?

Odpowiedź na pyt. nr 5

Zamawiający informuje, że wycenę robót należy dokonać w oparciu o wykazaną cenę umowną i załączony kosztorys ofertowy w oparciu o przedmiar robót, na podstawie których Zamawiający będzie rozliczał przedmiot zamówienia. W ramach wynagrodzenia umownego Wykonawca musi wykonać wszystkie elementy wskazane w przedmiarze robót.

Pytanie nr 6 cyt:

Wykonawca wnosi o zmianę Par. 2 ust 4 w taki sposób aby dawał możliwość zmiany wynagrodzenia w przypadku wystąpienia robót zamiennych zarówno poprzez jego zwiększenie jak i zmniejszenie.

Odpowiedź na pyt. nr 6

Zamawiający podtrzymuje zapisy zawarte w SIWZ, jednocześnie powołuje się na zapisy z Par. 2 ust 5 wzoru umowy: *Roboty nieprzewidziane powodujące wzrost kosztów inwestycji traktuje się jako roboty dodatkowe i możliwe są one do wykonania tylko i wyłącznie w porozumieniu z Zamawiającym i na jego pisemne zezwolenie.*

Pytanie nr 7 cyt:

Wykonawca wnosi o zmianę Par. 11 ust. 3 w taki sposób aby jasno z niego wynikało czy roboty bitumiczne wskazane w tym paragrafie mogą zostać podzleczone stronie trzeciej czy też wykonawca winien je wykonać osobiście.

Odpowiedź na pyt. nr 7

Zamawiający podtrzymuje zapisy zawarte w SIWZ.

Pytanie nr 8 cyt:

Wykonawca wnosi aby terminy wykonania wskazane Par 5 ust. 1 projektu umowy został określony poprzez wskazanie odpowiedniej ilości dni/tygodni od podpisania umowy. Wykonawca przystępujący do postępowania, musi dysponować wiedzą na temat tego, ile dni będą mieli na realizację zamówienia. W związku z tym jako niedopuszczalne należy uznać wskazanie daty dziennej jako terminu realizacji zadania, bez podania informacji na temat tego kiedy będzie podpisana umowa lub (co jest rozwiązaniem bardziej zasadnym) określenie ilości dni jakimi bez względu na datę zakończenia procedury przetargowej będzie dysponował Wykonawca, w którym zostanie podpisana umowa. Brak określenia ilości dni na wykonanie zamówienia lub przygotowania się do rozpoczęcia jego realizacji, stanowi bowiem naruszenie przepisów Prawa Zamówień Publicznych, co potwierdza orzecznictwo KIO, przykładowo w Wyroku z dnia 24.07.2008 roku, KIO/UZP 707/08 i Wyroku z dnia 25.06.2010, sygn.akt: KIO/UZP 1123/10. A z taką sytuacją będziemy mieli do czynienia, jeżeli w wzorze umowy na realizację zamówienia w tym postępowaniu pozostanie data dzienna. Wskazanie dni/miesiący na realizację zadania w którym jako data początkowa wskazana byłaby data podpisania umowy - wyeliminuje ryzyko znacznego skrócenia czasu na realizację zadania jaka może zaistnieć np. w sytuacji przedłużonej procedury przetargowej

Odpowiedź na pyt. nr 8

Zamawiający podtrzymuje zapisy zawarte w SIWZ.

Pytanie nr 9 cyt:

Wykonawca wnosi o ograniczenie odpowiedzialności Wykonawcy wskazanej w Par 10 ust. 3 do badań których wyniki będą negatywne.

Odpowiedź na pyt. nr 9

Zamawiający podtrzymuje zapisy zawarte w SIWZ.

Pytanie nr 10 cyt:

Wykonawca wnosi o zmianę zapisu Par. 13 w taki sposób aby dać możliwość wykonawcy fakturowania częściowego nie częściej niż raz w miesiącu. Zapis w obecnej postaci przesuwą odpowiedzialność za finansowanie inwestycji na wykonawcę

Odpowiedź na pyt. nr 10

Zamawiający podtrzymuje zapisy zawarte w SIWZ.

Pytanie nr 11 cyt:

Wykonawca po przeprowadzeniu analizy przepisów wzoru umowy, zwraca uwagę na wewnętrzne sprzeczności i niekonsekwencje związane z określeniem wynagrodzenia Wykonawcy. Sformułowanie użyte w Par. 1 ust. 2, stwierdzające, że "cena netto oferty nie ulega zmianie ..." (etc), sugeruje ryczałtowy charakter wynagrodzenia Wykonawcy. A już treść przepisu Par. 2 ust. 1 stoi w opozycji do Par. 1 ust. 2, gdyż wynika z niej, że Zamawiający dopuszcza wykonanie robót nieprzewidzianych lub zamiennych, a jednocześnie nie określa sposobu wynagrodzenia Wykonawcy za wykonanie takich robót. Jeżeli założymy, tak jak w zdaniach poprzednich, że wynagrodzenie ma jednak charakter ryczałtowy, to Wykonawca kwestionuje zasadność sporządzenia według przepisów Par 1 ust. 4 wzoru umowy rozliczenia rzeczowo-finansowego (kosztorys powykonawczy), gdyż taki sposób rozliczenia robót ma uzasadnienie przy robotach rozliczanych na podstawie obmiaru powykonawczego. Przepisy Par. 2 wzoru umowy pozwalają Zamawiającemu wprowadzić zamienne (tańsze rozwiązania) niż przyjęte w ofercie, co jest zdaniem Wykonawcy naruszeniem i tak bardzo chwiejnej równowagi stron w tym postępowaniu.

Odpowiedź na pyt. nr 11

Zamawiający podtrzymuje zapisy zawarte w SIWZ, jednocześnie powołuje się na zapisy z Par. 2 ust 5 wzoru umowy: *Realizacja robót zamiennych odbywa się na podstawie „Protokołu konieczności robót zamiennych” sporządzonego przez Wykonawcę i sprawdzonego przez inspektora nadzoru oraz zatwierdzonego przez Zamawiającego. Protokół ten powinien zawierać zakres robót zamiennych, uzasadnienie konieczności ich wykonania oraz kosztorys różnicowy, określający różnicę pomiędzy wartością robót podlegających zamianie a wartością robót określonych do wykonania jako zamienne.*

Pytanie nr 12 cyt:

Wykonawca wnioskuję o zmianę zapisów Par. 1 ust 4, Par. 3 ust. 2, pkt. 2) i Par. 3 ust. 3 projektu umowy, w ten sposób by nie uzależniać wypłaty wynagrodzenia i co za tym idzie daty rozpoczęcia biegu okresu gwarancji i rękojmi wykonanych robót, od daty dokonania bezusterkowego odbioru robót.

Zgodnie z art. 647 Kodeksu cywilnego przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia (wyrok Sądu Najwyższego z 26 września 2012 r., II CSK 84/12).

W art. 647 K.c. ustawodawca posłużył się jednak tylko pojęciem odbioru robót, nie zaś bezusterkowego odbioru. Powyższe wskazuje, że nie było wolą ustawodawcy uzależnianie odbioru robót od braku jakichkolwiek wad (tak: wyrok Sądu Najwyższego z 22 czerwca 2007 r., V CSK 99/07). Utożsamienie sytuacji, gdy roboty budowlane nie zostały wykonane z sytuacją, gdy są one dotknięte wadami czyniłoby w istocie zbędne przepisy o rękojmi za wady, które chronią Zamawiającego, realizujące się dopiero po odebraniu dzieła (wyrok Sądu Najwyższego z 22 czerwca 2007 r., V CSK 99/07).

Ponadto, zostałaby naruszona równowaga pomiędzy inwestorem a wykonawcą, poprzez uzależnienie odbioru, a tym samym płatności należnego wykonawcy wynagrodzenia, od wykluczenia istnienia

jakichkolwiek wad w chwili oddania przedmiotu zamówienia (por. wyroki Sądu Najwyższego z 5 marca 1997 r., II CKN 28/97, OSNC 1997/6-7/90; z 30 października 2002 r., V CKN, 1287/00; z 8 stycznia 2004 r., I CK 24/03; z 22 czerwca 2007 r., V CSK 99/07, OSP 2009/1/7; z 9 września 2011 r., I CSK 696/10).

W tej kwestii wypowiedział się także Sąd Najwyższy w wyroku z 7 marca 2013 r., II CSK 476/12., w którym czytamy, że inwestor jest zasadniczo zobowiązany do odbioru robót budowlanych zgłoszonych do odbioru (art. 647 K.c.). Z czynności odbioru należy sporządzić protokół, w którym konieczne jest zawarcie ustaleń co do jakości wykonanych robót, w tym ewentualny wykaz wszystkich ujawnionych wad z terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze. Odmowa odbioru będzie uzasadniona jedynie w przypadku, gdy przedmiot zamówienia będzie mógł być kwalifikowany jako wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady będą na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania

Odpowiedź na pyt. nr 12

Zamawiający podtrzymuje zapisy zawarte w SIWZ.

Z up. DYREKTORA
GŁ. INŻYNIER
mgr inż. Paweł Bojkowski