



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

Słupsk, dn. 26.03.2019 r.

ZDP-GIZ.2611.5-1.2019

WYJAŚNIENIE I ZMIANY TREŚCI SIWZ

Zarząd Dróg Powiatowych w Słupsku, w związku z zapytaniem od Wykonawcy z dnia 19.03.2019 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 - Objazda etap 1**" udziela odpowiedzi jak poniżej:

Pytanie nr 1 cyt:

Po stronie Wykonawcy powstały uzasadnione wątpliwości odnośnie postanowień ujętych w Par. 14 ust. 2 wzoru umowy. Wykonawca pragnie zaznaczyć, że wskazane kary umowne mogą być stosowane kumulatywnie przez Zamawiającego, co przy nie określaniu 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 netto za każdy dzień opóźnienia, oznacza, że już kilkunastodniowe opóźnienie w realizacji robót spowoduje naliczenie kar umownych w wysokości kilku procent wynagrodzenia Wykonawcy netto, 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. Zważyż 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 2% - 10% wartości kontraktu netto, a kary umowne za zwłokę w realizacji umowy, wynoszą od 0,01% do 0,1% wartości kontraktu netto. 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 lub w odniesieniu do kontraktu 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) oraz Par. 5 ust. 2 z tytułu przekroczenia terminu realizacji całości przedmiotu umowy do wysokości 0,1% wynagrodzenia netto za każdy dzień opóźnienia oraz opóźnienia w usunięciu wad i usterek ujawnionych przy odbiorze końcowym jak i w okresie gwarancji i rękojmi Par. 14 ust. 2 pkt 2) i pkt. 3) do wysokości 0,05% wynagrodzenia netto za każdy dzień opóźnienia, Wykonawca wnosi także o 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. 4), pkt. 6), pkt. 7), pkt. 9) w wysokości 0,1% wynagrodzenia netto za każde zdarzenie oraz dla w Par 14 ust. 2 pkt. 11), pkt. 12) w wysokości 500 zł za każdy dzień. Zastrzeżenie kary umownej w wysokości 20% dla par 14 ust. 2 pkt. 10) wynagrodzenia netto przysługującego GW jest karą rażąco wygórowaną. Zważywszy na powyższe Wykonawca wnosi o zmniejszenie kar umownych 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 zapisów Par. 14 ust. 2 pkt. 1), Par. 16 ust. 6 pkt. 4), Par. 5 ust. 2 oraz Par. 14 ust. 2 pkt 2), pkt. 3), pkt. 5) przez zastąpienie słowa „opóźnienie” słowem „zwłoka”. Wykonawca nie powinien ponosić odpowiedzialności za zdarzenia na które nie miał wpływu oraz za które nie ponosi odpowiedzialności. Stosowanie w zapisach słowa „opóźnienie” przesunęło zbyt mocno odpowiedzialność za procesy zachodzące podczas realizacji inwestycji na wykonawcę.

Odpowiedź na pyt. nr 2

Zamawiający podtrzymuje zapisy zawarte w SIWZ.

Pytanie nr 3 cyt:

Wykonawca wnosi o wykreślenie zapisu Par 1 ust. 5, gdyż stoi on w sprzeczności z zapisami Par 1

ust. 6, Par. 2 oraz Par 16 ust. 6 pkt. 3). Pozostawienie zapisu w obecnej postaci powoduje utrudnienia w zastosowaniu zapisów dotyczących zmian z wzrostem wynagrodzenia Wykonawcy

Odpowiedź na pyt. nr 3

Zamawiający podtrzymuje zapisy zawarte w SIWZ.

Pytanie nr 4 cyt:

Wykonawca wnosi o wyjaśnienie jaki rodzaj wynagrodzenia Zamawiający rozumie pod pojęciem wskazanym w Par. 1 ust. 2 „cena umowna”. Powszechnie stosowane są dwa rodzaje wynagrodzenia obmiarowe bądź ryczałtowe.

Odpowiedź na pyt. nr 4

Zamawiający informuje, że za cenę umowną rozumie wynagrodzenie oparte na załączonym kosztorysie ofertowym na podstawie przedmiaru robót. W ramach wynagrodzenia umownego Wykonawca musi wykonać wszystkie elementy wskazane w przedmiarze robót.

Pytanie nr 5 cyt:

Wykonawca wnosi o rozszerzenie projektu umowy o zapisy dotyczące sposobu rozliczania ceny umownej w trakcie realizacji zadania oraz przy odbiorze końcowym.

Odpowiedź na pyt. nr 5

Zamawiający podtrzymuje zapisy zawarte we wzorze umowy.

Jednocześnie Zamawiający zmienia zapisy rozdziału 3 pkt 3.13 SIWZ w zakresie rozliczenia przedmiotu umowy.

Zapis przed zmianą brzmiał:

„Zamawiający dopuszcza fakturowanie częściowe, przy czym dopuszcza się złożenie maksymalnie trzech faktur, gdzie wartość ostatniej nie może być większa niż 50% wartości zadania”

Zapis po zmianie brzmi:

„Zamawiający dopuszcza fakturowanie częściowe, przy czym dopuszcza się złożenie maksymalnie trzech faktur częściowych, pod warunkiem, że suma wartości dwóch pierwszych faktur częściowych nie może być większa niż 50% wartości zadania”

Pytanie nr 6 cyt:

Wykonawca wnosi o zmianę Par. 13 ust. 2 oraz Par. 1 ust. 4 w taki sposób aby nie ograniczać Wykonawcy możliwości fakturowania do wysokości 50% wartości zadania, gdyż przy takim sposobie rozliczania zadania Zamawiający przenosi ciężar finansowania 50% inwestycji na Wykonawcę.

Odpowiedź na pyt. nr 6

Zamawiający podtrzymuje zapisy zawarte w SIWZ.

Pytanie nr 7 cyt:

Wykonawca wnosi o zmianę zapisów Par 10 ust. 2 i ust. 3 w taki sposób, aby Wykonawca ponosił koszty badań dotyczących negatywnych wyników badań za które wykonawca ponosi odpowiedzialność

Odpowiedź na pyt. nr 7

Zamawiający podtrzymuje zapisy zawarte w SIWZ.

Pytanie nr 8 cyt:

Wykonawca wnosi o wykreślenie Par. 1 ust. 7, gdyż stoi on w sprzeczności z ideą wynagrodzenia ryczałtowego oraz równego traktowania stron umowy. Do jednych z głównych zadań Zamawiającego należy zapewnienie finansowania dla ogłoszonego w przetargu kontraktu. Wykonawca nie powinien ponosić odpowiedzialności za zdarzenia na które nie ma wpływu. Z jednej strony Zamawiający wymaga rzetelnej wyceny kontraktu a z drugiej strony wpływa na parametry przyjęte do wyceny kalkulacji podczas jego realizacji.

Odpowiedź na pyt. nr 8

Zamawiający informuje, że pytanie nie dotyczy niniejszego postępowania, gdyż nie przewiduje się w nim formy rozliczenia ryczałtowego. Ponadto Zamawiający utrzymuje zapisy w Par. 1 ust. 7 na podstawie z Art. 144 ustawy Prawa Zamówień Publicznych, który dopuszcza przewidywanie zmian do treści umowy.

Ponadto zgodnie z Art. 144 ustawy PZP, Zamawiający uzupełnia zapisy SIWZ dodając pkt 20.6. ppkt J. o treści :

„Zamawiający może dokonać zmiany wysokości wynagrodzenia ze względu na ograniczenie wykonania zakresu robót w ramach inwestycji zgodnie z zapisem umownym w par. 1 ust. 7.”

Jednocześnie Zamawiający zamieszcza uaktualniony załącznik nr 9 – wzór umowy.

Pytanie nr 9 cyt:

Wykonawca wnosi o wydłużenie do 4 dni roboczych terminu wskazanego w Par. 2 ust. 2. Termin ten wydaje się zbyt krótki, aby spełnić wymagania wskazane w/w paragrafie

Odpowiedź na pyt. nr 9

Zamawiający podtrzymuje zapisy zawarte w SIWZ.

Pytanie nr 10 cyt:

Wykonawca wnosi aby termin wykonania wskazany w par 5 ust. 1 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 10

Zamawiający podtrzymuje zapisy zawarte w SIWZ.

Pytanie nr 11 cyt:

Wykonawca wnosi o wykreślenie z Par. 3 ust. 2 pkt. 2 projektu umowy zapisu

„lub od daty protokołu usunięcia wad i usterek stwierdzonych podczas odbioru końcowego robót”

gdyż powoduje on rozpoczęcie 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 11

Zamawiający podtrzymuje zapisy zawarte w SIWZ.

Uwaga!!!

Wykonawcy związani są wszelkimi zmianami i wyjaśnieniami do Specyfikacji, które są zamieszczane na stronie internetowej Zamawiającego. W związku z powyższym Zamawiający zaleca bieżące monitorowanie strony internetowej, na której zamieszczono SIWZ – <http://bip.zdp.slupsk.pl/> w celu zapoznania się z ewentualnymi odpowiedziami na zapytania do SIWZ bądź wyjaśnieniami SIWZ lub wprowadzonymi zmianami do SIWZ.

W związku art. 38 ust. 1, 4, 4a Pzp Zamawiający Z M I E N I A termin składania i otwarcia ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian w ofertach tj.

(wskazany w SIWZ w Rozdziale 15 Punkt 1 oraz Ogłoszeniu w Sekcji IV Punkt 6. ppkt 2) do 03.04.2019 r. do godz. 09.00, natomiast otwarcie ofert (wskazane w SIWZ w Rozdziale 15 Punkt 3) nastąpi w dniu 03.04.2019 r. o godz. 09.15.

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