



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. 13.05.2019 r.

ZDP-GIZ.2611.8-5.2019

WYJAŚNIENIE TREŚCI SIWZ

Zarząd Dróg Powiatowych w Słupsku, w związku z zapytaniem od Wykonawcy – pismo e-mail z dnia 07.05.2019 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: **„Budowa chodnika wzdłuż drogi powiatowej nr 1179G na odcinku ul. Kościuszki w Potęgowie od skrzyżowania z ul. Targową do budynku nr 6 (Gmina Potęgowo)”** udziela odpowiedzi jak poniżej:

Pytanie nr 1 cyt:

Po stronie Wykonawcy powstały uzasadnione wątpliwości odnośnie postanowień ujętych w Par. 14 wzoru umowy. Wykonawca pragnie zaznaczyć, że wskazane kary umowne mogą być stosowane kumulatywnie przez Zamawiającego, co przy nie określeniu limitu maksymalnego kar umownych, egzekwowaniu zapisów Par. 14 ust. 2 jak również biorąc pod uwagę ilość zdarzeń podlegających karaniu oraz wysokość zastrzeżonych kar, prowadzi do wniosku, że kary te są rażąco wygórowane.

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 2% - 10% wartości kontraktu netto, a kary umowne za zwłokę w realizacji umowy, wynoszą od 0,01% do 0,3% 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) i Par. 5 ust 2 z tyt. opóźnienia w wykonaniu całości przedmioty umowy do wysokości 0,3% wynagrodzenia netto za każdy dzień opóźnienia. Wykonawca wnosi wprowadzenia limitu kar umownych wskazanych w Par. 14 ust. 2 do wysokości 20 % wartości kontraktu netto. Ponadto wnosimy o zastrzeżenie kar umownych z tytułu uchybień określonych w Par 14 ust. 2 pkt. 4), pkt. 9) w wysokości 0,3% wynagrodzenia netto za każde zdarzenie, dla w Par 14 ust. 2 pkt. 6), pkt. 7) w wysokości 0,5% 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”. Zamawiający nie powinien obciążać wykonawcy odpowiedzialnością za zdarzenia na które nie ma wpływu oraz za które nie ponosi odpowiedzialności.

Odpowiedź na pyt. nr 2

Zamawiający podtrzymuje zapisy zawarte w SIWZ.

Pytanie nr 3 cyt:

Wykonawca wnosi o wykreślenie bądź o poprawienie zapisu Par 1 ust. 5, gdyż jego treść stoi w sprzeczności z zapisami Par 1 ust. 6, Par. 2 oraz Par 16 ust. 6 pkt. 3). Zamawiający zarówno w treści Par . 2 jak i Par 16 ust. 6 pkt. 3) przewiduje możliwość wykonania robót powodujących wzrost lub obniżenie wynagrodzenia.

Odpowiedź na pyt. Nr 3

Zamawiający podtrzymuje zapisy zawarte w SIWZ.

Pytanie nr 4 cyt:

Wykonawca wnosi o zmianę zapisów SIWZ Par. 3.3 i Par. 3.4 w taki sposób, aby ryzyko wykonawcy zostało ograniczone do dokumentacji przetargowej z którą Wykonawca mógł się zapoznać na etapie przygotowywania oferty. Do zadań zamawiającego należy właściwy opis oraz rozpoznanie przedmiotu zamówienia.

Odpowiedź na pyt. nr 4

Zamawiający podtrzymuje zapisy zawarte w SIWZ.

Pytanie nr 5 cyt:

Wykonawca wnosi o wyjaśnienie jaki rodzaj wynagrodzenia Zamawiający rozumie pod pojęciem wskazanym w Par. 1 ust. 2 „cena umowna” oraz jaka formuła zostanie zastosowana do wyliczenia przysługującego wykonawcy wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych w ramach niniejszego kontraktu. W tym miejscu należy nadmienić, iż Par. 2 sugeruje, iż zastosowana formuła ni dotyczy zasady wynagrodzenia ryczałtowego.

Odpowiedź na pyt. Nr 5

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 6 cyt:

Wykonawca wnosi o dopisanie do projektu umowy przepisów dotyczących sposobu rozliczenia ceny umownej przy fakturowaniu końcowym.

Odpowiedź na pyt. nr 6

Sposób rozliczenia ceny umownej przy fakturowaniu końcowym został ujęty w § 1 ust. 3 i ust. 4 oraz § 12 wzoru umowy.

Pytanie nr 7 cyt:

Wykonawca wnosi o dopuszczenie możliwości fakturowania częściowego nie częściej niż raz w miesiącu.

Odpowiedź na pyt. nr 7

Zamawiający podtrzymuje zapisy zawarte w SIWZ.

Pytanie nr 8 cyt:

Wykonawca wnosi o zmianę zapisów Par. 13 w taki sposób aby dać możliwość Wykonawcy fakturowania częściowego. Przy pozostawieniu zapisów w obecnej postaci Zamawiający przenosi ciężar finansowania całości inwestycji na Wykonawcę. Do zadań Zamawiającego należy finansowanie inwestycji oraz właściwy przepływ środków pieniężnych podczas trwania kontraktu.

Odpowiedź na pyt. nr 8

Zamawiający podtrzymuje zapisy zawarte w SIWZ.

Pytanie nr 9 cyt:

Wykonawca wnosi o zmianę zapisów Par 10 ust. 2 i ust. 3 w taki sposób aby Wykonawca ponosił koszty badań co do których stwierdzono złe wyniki za które wykonawca ponosi odpowiedzialność

Odpowiedź na pyt. Nr 9

Zamawiający podtrzymuje zapisy zawarte w SIWZ.

Pytanie nr 10 cyt:

Wykonawca wnosi o wydłużenie terminu wskazanego w Par. 9 ust. 1 pkt. 3) do 4 dni, gdyż wskazany termin jest zbyt krótki dla zastosowania przepisów wymienionych w wskazanym paragrafie.

Odpowiedź na pyt. nr 10

Zamawiający podtrzymuje zapisy zawarte w SIWZ.

Pytanie nr 11 cyt:

Wykonawca wnosi o zmianę zapisu Par. 9 ust. 4 w taki sposób aby ograniczyć odpowiedzialności wykonawcy do szkód za które ponosi odpowiedzialność wykonawca.

Odpowiedź na pyt. Nr 11

Zamawiający podtrzymuje zapisy zawarte w SIWZ.

Pytanie nr 12 cyt:

Wykonawca wnosi o potwierdzenie, iż wymagania zawarte w Par.11 ust. 7 pkt. 5 dotyczą wyłącznie umowy podwykonawczej na wykonanie robót budowlanych. Wskazany paragraf umowy nie zawiera rozróżnienia pomiędzy wymaganiami dotyczącymi umowy podwykonawczej na wykonanie robót budowlanych i umowy podwykonawczej na wykonanie dostaw i usług. Zgodnie z art. 143b ust. 9 PZP, w zakresie dotyczącym umowy na dostawy i usługi Zamawiający uprawniony jest do żądania wskazania w tych umowach terminu zapłaty wynagrodzenia nie dłuższego niż 30 dni.

Odpowiedź na pyt. nr 12

Zamawiający informuje, iż wymagania zawarte w § 11 ust. 7 pkt 5 wzoru umowy dotyczą umów podwykonawczych na wykonanie robót budowlanych, dostaw i usług.

Pytanie nr 13 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 13

Zamawiający podtrzymuje zapisy zawarte w SIWZ.

Pytanie nr 14 cyt:

Wykonawca wnioskuję o zmianę Par. 3 ust. 2 pkt. 2 oraz Par. 3 ust. 3 projektu umowy poprzez wykreślenie części zdania po słowie „lub”. Pozostawienie zapisu w obecnej postaci daje możliwość Zamawiającemu korzystania z formuły bezusterkowego obioru końcowego robót i co za tym idzie rozpoczęcia biegu okresu gwarancji i rękojmi wykonanych robót, od daty tegoż odbioru.

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, zostałyby 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 14

Zamawiający podtrzymuje zapisy zawarte w SIWZ.

DYREKTOR

mgr inż. Mariusz Ozarek