



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. 06.05.2020 r.

ZDP-GIZ.2611.7-1.2020

WYJAŚNIENIE TREŚCI SIWZ

Zarząd Dróg Powiatowych w Słupsku, w związku z zapytaniami od Wykonawcy, które wpłynęły do tutejszego Zarządu drogą mailową w dn. 29.04.2020 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 1179G od DK6 do DW213 z podziałem na odcinki (Gmina Głównyce i Gmina Potęgowo)”**

udziela odpowiedzi jak poniżej:

Pytanie nr 1 cyt:

Wykonawca wnosi o zmianę wysokości kar umownych zastrzeżonych w §14 Umowy jak również wprowadzenie limitu kar umownych. W ocenie Wykonawcy okoliczność nie określenia limitu, jak również znaczna ilość zdarzeń podlegających karaniu oraz wysokość zastrzeżonych kar, prowadzi do wniosku, że zastrzeżone przez Zamawiającego kary są rażąco wygórowane. Dodatkowo Wykonawca wnosi o zmianę podstawy naliczenia kar umownych z „opóźnienia” na „zwłokę”.

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 współzycia 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, a kary umowne za zwłokę w realizacji umowy, wynoszą od 0,01% do 0,2% wartości kontraktu. Ponadto w zdecydowanej większości obecnie prowadzonych postępowań kary umowne za przekroczenie terminu realizacji określone są za każdy dzień zwłoki, a nie opóźnienia w wykonaniu robót. Wysokość kar umownych z tytułu zwłoki/opóźnienia 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 wartości 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 do wysokości 0,2% całości wynagrodzenia umownego netto za każde zdarzenie. Wykonawca wnosi wprowadzenia limitu kar umownych wskazanych w Par. 14 ust. 2 w 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 0,2% całości wynagrodzenia umownego netto za każde zdarzenie, dla w Par 14 ust. 2 pkt. 6), pkt. 7) w wysokości 0,5% całości wynagrodzenia umownego netto za każde zdarzenie oraz dla w Par 14 ust. 2 pkt. 11), pkt. 12) w wysokości 500 zł za każde zdarzenie.

Dodatkowo Wykonawca wnosi o obniżenie wysokości kar umownych z tytułu odstąpienia od Umowy zastrzeżonej w §14 ust. 2 pkt. 10) do wysokości 10% wynagrodzenia Wykonawcy. W ocenie Wykonawcy określenie kary na pułapie 20% w wynagrodzenia brutto jest karą rażąco wygórowaną. Wykonawca uzasadnia wskazany wniosek powołując się na argumentację wskazaną powyżej

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 ograniczenie odpowiedzialności Wykonawcy wskazanej SIWZ Par. 3.3 i Par. 3.4 Wykonawca wskazuje, że to zadaniem Zamawiającego jest prawidłowe opisanie przedmiotu zamówienia, odzwierciedlenie rzeczywistego stanu prawnego przedmiotu zamówienia oraz załączenie odzwierciedlającej stan rzeczywisty przedmiotu zamówienia dokumentacji stanowiącej podstawę przygotowania oferty przez Wykonawcę. Przedmiotowy obowiązek wyrażony został w art. 29 ust. 1 Ustawy Prawo Zamówień Publicznych. Przedmiotowe przepis koresponduje, z przepisem art. 647 k.c. w którym wskazane zostało, że podstawowym obowiązkiem Zamawiającego jest przekazanie Wykonawcy dokumentacji projektowej. Co oczywiste w przedmiotowym postanowieniu nie został wyrażony obowiązek przekazania jakiegokolwiek dokumentacji, lecz takiej która jest kompletna i prawidłowa. Tym samym w ocenie Wykonawcy jako niedopuszczalne w świetle przywołanych powyżej przepisów należy potraktować tego rodzaju postanowienia na podstawie których następuje próba przeniesienia odpowiedzialności za prawidłowość opisu przedmiotu zamówienia oraz w konsekwencji za wykonanie tegoż przedmiotu zamówienia na Wykonawcę.

Odpowiedź na pyt. Nr 2:

Zamawiający podtrzymuje zapisy zawarte w SIWZ.

Pytanie nr 3 cyt:

Wykonawca wnosi o zmianę zapisów Par. 1 ust. 4 pkt. c) oraz Par. 13 ust. 2 pkt. c) w taki sposób aby dać możliwość wykonawcy fakturowania częściowego chociaż do wysokości 90% wartości kontraktu. Pozostawienie zapisu w obecnej postaci przerzuca ciężar finansowania 50% inwestycji na Wykonawcę oraz jest zbyt daleko idącym zabezpieczeniem Zamawiającego z tyt. bezusterkowego odbioru końcowego. Do obowiązków Zamawiającego należy zapewnienie finansowania danego zadania oraz przepływu środków

pieniężnych w ramach wykonywanej inwestycji. Naszym zdaniem wskazane w projekcie umowy zapisy dotyczące procedury odbiorowej, kary umowne oraz możliwość dochodzenia odszkodowania uzupełniającego są wystarczającym środkiem chroniącym interesy Zamawiającego

Odpowiedź na pyt. Nr 3:

Zamawiający podtrzymuje zapisy zawarte we wzorze umowy.

Pytanie nr 4 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 może nie dotyczyć zasady rozliczenia przyjętego dla wynagrodzenia ryczałtowego.

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 wyjaśnienie jaki sposób rozliczenia Zamawiający rozumie pod pojęciem wskazanym w Par. 13 oraz jaka formuła zostanie zastosowana do wyliczenia przysługującego wykonawcy wynagrodzenia za wykonanie robót budowlanych w ramach niniejszego kontraktu.

Odpowiedź na pyt. Nr 5:

Zgodnie z Par. 13 wzoru umowy, Zamawiający dopuszcza fakturowanie częściowe jako sposób rozliczenia.

Rozliczenie za wykonanie przedmiotu Umowy nastąpi w trzech transzach, w tym odpowiednio:

- a) I transza – po odbiorze częściowym I;**
- b) II transza – po odbiorze częściowym II;**
- c) III transza – po odbiorze końcowym całości przedmiotu umowy, 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 oraz po zapłacie przez Wykonawcę wynagrodzenia należnego podwykonawcom i dalszym podwykonawcom.**

Pytanie nr 6 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 6:

Zamawiający podtrzymuje zapisy zawarte we wzorze umowy.

Pytanie nr 7 cyt:

Wykonawca wnosi o wydłużenie terminu wskazanego w Par. 9 ust. 1 pkt. 3) oraz Par. 2 ust. 2 do 4 dni, gdyż wskazany termin jest zbyt krótki dla zastosowania przepisów wymienionych w wskazanym paragrafie.

Odpowiedź na pyt. Nr 7:

Zamawiający podtrzymuje zapisy zawarte we wzorze umowy.

Pytanie nr 8 cyt:

Wykonawca wnosi o wykreślenie bądź zmianę zapisu Par. 9 ust. 4 w taki sposób aby ograniczyć odpowiedzialność wykonawcy do szkód za które odpowiada wykonawca. Wykonawca nie powinien ponosić dodatkowego ryzyka związanego z odpowiedzialnością za zdarzenia w których nie zawinił a w szczególności za te gdzie przyczyną były działania strony trzeciej. W tym miejscu należy wskazać, iż Kodeks Cywilny nie przewiduje terminu bezwarunkowej odpowiedzialności.

Odpowiedź na pyt. Nr 8:

Zamawiający podtrzymuje zapisy zawarte we wzorze umowy.

Pytanie nr 9 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 9:

Zamawiający potwierdza, że zgodnie z Par. 11 ust. 7 pkt. 1):

„termin zapłaty wynagrodzenia podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy nie może być dłuższy niż 30 dni od dnia doręczenia Wykonawcy, podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy faktury VAT lub rachunku, potwierdzających wykonanie zleconej podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy: dostawy, usługi lub roboty budowlanej”.

Pytanie nr 10 cyt:

Wykonawca wnosi aby terminy wykonania wskazane w par 5 ust. 1 zostały określone 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

1. Odpowiedź na pyt. Nr 10:

Zamawiający podtrzymuje zapisy zawarte we wzorze umowy.

Pytanie nr 11 cyt:

Wykonawca wnioskuje 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, 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 we wzorze umowy.

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

