

WYJAŚNIENIE TREŚCI SPECYFIKACJI ISTOTNYCH WARUNKÓW ZAMÓWIENIA

Działając na podstawie art. 284 ust. 2 w związku z art. 266 ustawy z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) Zamawiający poniżej udziela wyjaśnień do treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Gmina Lipno na podstawie art. 284 ust. 2 i 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, udziela wyjaśnień treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej zwanej SWZ) w postępowaniu prowadzonym w trybie podstawowym pn.: „**Budowa chodników wraz z modernizacją drogi gminnej przebiegającej przez miejscowości Goniembice, Koronowo, Ratowice i Żakowo**”

Pytanie nr 1:

Dot. projektu umowy § 17 ust. 3

Wnosimy o zmniejszenie maksymalnej wysokości kar umownych naliczonych na podstawie umowy z maksymalnej wartości 25% wynagrodzenia brutto umowy na 15% wynagrodzenia brutto umowy. Aktualny wymiar maksymalnej wysokości kar umownych jest zdaniem Wykonawcy wygórowany i niezasadny.

W doktrynie prawa zamówień publicznych oraz w aktualnym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych dominuje pogląd, 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 (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 lipca 2015 r. sygn. akt: KIO/1519/15). 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”.

Odpowiedź nr 1:

Zamawiający informuje, że podtrzymuje obecne postanowienia projektu umowy w zakresie maksymalnej wartości kar umownych.

Pytanie nr 2:

Dot. projektu umowy § 21 ust. 13

Wykonawca wskazuje na naruszenie art. 3531 kc, art. 58 kc w zw. z art. 8 ust. 1 pzp, art. 134 ust. 1 pkt 20 pzp, art. 439 ust. 1 i 2 pzp, w związku z art. 16 pzp poprzez ustalenie w § 21 ust. 13 Umowy **czasokresu w którym waloryzacja może być dokonana po**

okresie 270 dni przy ustaleniu terminu wykonania całej inwestycji na 390 dni po podpisaniu umowy.

Zdaniem Wykonawcy świadczy to o sformułowaniu przez Zamawiającego we Wzorze Umowy pozornej klauzuli waloryzacyjnej, która powoduje brak możliwości wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku nadmiernej zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

Wykonawca wnosi o zmiany w par. 21 ust. 13 c, d, e na:

c. Początkowy termin ustalenia zmiany Wynagrodzenia Wykonawcy określa się na **90** dzień od daty zawarcia Umowy.

d. Zmiana wynagrodzenia ze względu na waloryzację, o której mowa w lit. a i b uważana będzie za wiążącą w sytuacji pisemnej zgody Zamawiającego pod rygorem nieważności.

e. Pierwsza zmiana wynagrodzenia Wykonawcy może nastąpić nie wcześniej niż po upływie pierwszych **90 dni** od daty zawarcia Umowy. Każda kolejna waloryzacja może zostać dokonana **po upływie każdych kolejnych 90 dni**. Zmiana waloryzacji wynagrodzenia występuje wyłącznie w zakresie robót budowlanych, które mają zostać wykonane przez Wykonawcę po złożeniu wniosku.

Zamówieniowe klauzule waloryzacyjne zyskują na znaczeniu zwłaszcza w aktualnej sytuacji gospodarczej, w której obserwujemy m.in. znaczny wzrost cen materiałów i robót budowlanych, braki kadrowe i sprzętowe, wstrzymanie dostaw produktów, komponentów produktu lub materiałów, trudności w dostępie do sprzętu czy też w realizacji usług transportowych. Wskazane przykładowo czynniki zewnętrzne wywierają wpływ na opłacalność realizowanego zamówienia i mogą znacząco ograniczać płynność przedsiębiorstw, stąd niezmiernie istotne dla uczestników rynku zamówień publicznych jest prawidłowe kształtowanie oraz stosowanie waloryzacji umownej. Klauzula waloryzacyjna sformułowana w sposób precyzyjny, z poszanowaniem interesów stron kontraktu publicznego, pozwoli ochronić interesy finansowe wykonawcy, zaś zamawiającemu zapewni należyłą, terminową i bezpieczną realizację zamówienia publicznego.

Zdaniem Wykonawcy zmiany wynagrodzenia wynikające z § 21 ust. 13 mają charakter pozorny. W praktyce prawdopodobnie nie nastąpi sytuacja uprawniająca strony do zmiany wynagrodzenia z wykorzystaniem opisanego mechanizmu. Taki sposób sformułowania warunków progowych, de facto uniemożliwia zmianę wynagrodzenia prowadzi wyłącznie do obejścia przepisu art. 439 ustawy Prawo Zamówień Publicznych.

Podkreślenia ponadto wymaga, że określenie przez Zamawiającego dodatkowego terminowego warunku skorzystania z waloryzacji prowadzi do wniosku, że wynagrodzenie za wykonanie przedmiotu zamówienia w ogóle nie będzie podlegało waloryzacji. Mając na względzie wskazaną datę zakończenia do 13 miesięcy od dnia podpisania umowy, jak też **możliwość waloryzacji dopiero po 9 miesiącach** od dnia podpisania Umowy, stwierdzić należy, że wynagrodzenie za wykonanie w ogóle nie będzie podlegało waloryzacji, a jeżeli tak, to w bardzo nikłym zakresie i przy koniecznej zmianie pierwotnego terminu zakończenia robót. Oznacza to, że równowaga

ekonomiczna stron będzie zachwiana. Prawidłowe określenie klauzuli waloryzacyjnej ma służyć jej zrównoważeniu, stąd w ocenie wykonawcy termin od którego Wykonawca mógłby wnioskować o waloryzację powinien zostać dostosowany do przedmiotowego zamówienia i być zdecydowanie skrócony względem terminu podpisania umowy.

Odpowiedź nr 2:

Zamawiający informuje, że podtrzymuje postanowienia umowy. Zgodnie z art. 439 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych w umowach, w których termin nie przekracza 12 miesięcy zamawiający nie ma obowiązku waloryzacji. Natomiast Zamawiający w projekcie umowy, której termin wykonania został określony na 13 miesięcy wprowadził możliwość waloryzacji po upływie 9 miesięcy od dnia zawarcia umowy.