



ZARZĄD DRÓG POWIATOWYCH W OSTROŁĘCE

tel. 29 760-26-53, fax 29 760-26-21
www.zdp.ostroleka.pl, e-mail: zdpo-ka@wp.pl
NIP: 758-18-38-894 REGON 550670938

DT.252.I.7.2021

Ostrołęka, dnia 31.03.2021 r.

<https://platformazakupowa.pl/transakcja/438667>

Dotyczy: Rozbudowa mostu przez rzekę Szkwa w ciągu drogi powiatowej nr 2504W Myszyniec - Wolkowe – Krysiaki – Dudy Puszczańskie – Zalas w msc. Krysiaki

Zarząd Dróg Powiatowych 07-410 Ostrołęka, ul. Lokalna 2 zgodnie z art. 284 ust.2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz rozdz. VIII ust. 10 SWZ przekazuje treść zapytań, które wpłynęły w formie pisemnej wraz z wyjaśnieniami:

Pytanie 1

Wykonawca wnosi o zmianę wysokości kar umownych zastrzeżonych w §22 Umowy jak również wprowadzenie limitu kar umownych. W ocenie Wykonawcy okoliczność określenia limitu na poziomie 40% wynagrodzenia umownego brutto, jak również znaczna ilość zdarzeń podlegających karaniu oraz wysokość zastrzeżonych kar, prowadzi do wniosku, że zastrzeżone przez Zamawiającego kary 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 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. Wysokość kar umownych z tytułu zwłoki w realizacji umowy, jakich żądać może Zamawiający, często w większości prowadzonych obecnie postępowań ograniczona jest 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 stwarzające nadmiernego ryzyka finansowego po stronie Wykonawcy.

Mając powyższe na względzie wnosimy o zmniejszenie wysokości kar umownych wskazanych w Par. 22 ust. 1 pkt 1), Par. 22 ust. 1 pkt 4) i Par. 22 ust. 1 pkt 2) do wysokości 0,2% wynagrodzenia umownego brutto za każde zdarzenie. Wykonawca wnosi o obniżenie limitu kar umownych wskazanych w Par. 22 ust. 3 do wysokości 20 % wartości kontraktu netto. Ponadto wnosimy o zastrzeżenie kar umownych z tytułu uchybień określonych w Par 22 ust. 1 pkt. 6), pkt. 8) pkt. 9) pkt. 10) w wysokości 2% wynagrodzenia umownego brutto należnego PW lub dalszym PW za każde zdarzenie, dla w Par 22 ust. 1 pkt. 7 w wysokości 0,1% wynagrodzenia umownego brutto należnego PW lub dalszym PW za każde zdarzenie oraz dla w Par 22 ust. 1 pkt. 11) w wysokości 2% wynagrodzenia umownego brutto za każde zdarzenie.

Dodatkowo Wykonawca wnosi o obniżenie wysokości kar umownych z tytułu odstąpienia od Umowy zastrzeżonej w §22 ust. 1 pkt. 5) do wysokości 10% wynagrodzenia Wykonawcy brutto. 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 Zamawiającego:

Zamawiający informuje, że zapisy projektu umowy pozostają bez zmian.

Pytanie 2

Wykonawca wnosi o ograniczenie odpowiedzialności Wykonawcy wskazanej w projekcie umowy §7 ust. 2, 3, 4, 5, 6. 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. Przedmiotowy 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 jakiejkolwiek dokumentacji, lecz takiej która jest kompletna i prawidłowa. Tym samym w ocenie Wykonawcy jako niedopuszczalne w świetle przywołanych powyżej przepisów jest stosowanie postanowień na podstawie których następuje próba przeniesienia odpowiedzialności za prawidłowość opisu przedmiotu zamówienia oraz w konsekwencji za wykonanie tegoż przedmiotu zamówienia na Wykonawcę.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający informuje, że zapisy projektu umowy pozostają bez zmian.

Pytanie 3

Wykonawca wnosi o wykreślenie §7 ust. 9, gdyż za mocno ingeruje on w wycenę robót przez Wykonawcę. Niniejszy zapis winien odnosić się do ew. do robót dodatkowych, zamiennych natomiast nie do założeń przyjętych przez Wykonawcę do prawidłowej oceny ryzyka jakie wiąże się z zgodnym z założeniami postępowania przetargowego wycena robót. Zamawiający w §7 ust. 7 projektu umowy

sam wskazuje, iż kosztorys nie określa rzeczowego zobowiązania Wykonawcy więc Zamawiający nie powinien dokonywać korekty ujętych w nim cen, gdyż zgodnie z zapisami §7 ust. 2, 3, 4, 5, 6 wymaga ujęcia ryzyka z nimi związanego od Wykonawcy.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający informuje, że zapisy projektu umowy pozostają bez zmian.

Pytanie 4

Wykonawca wnosi o zmianę zapisu §12 ust. 10 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 Zamawiającego:

Zamawiający informuje, że zapisy projektu umowy pozostają bez zmian.

Pytanie 5

Wykonawca wnosi o potwierdzenie, iż wymagania zawarte w §7 ust. 16 oraz §8 ust. 3 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 Zamawiającego:

Zamawiający informuje, że zapisy projektu umowy pozostają bez zmian.

Pytanie 6

Wykonawca wnioskuje o zmianę §18 ust. 3 projektu umowy poprzez wykreślenie słowa „bezusterkowy”. Pozostawienie zapisu w obecnej postaci uzależnia wypłatę wynagrodzenia Wykonawcy oraz rozpoczęcie 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 Zamawiającego:

Zamawiający informuje, że w § 18 ust. 3 projektu umowy wykreśla słowo „bezusterkowego”.


DYREKTOR
mgr inż. Grzegorz Artur Bakula