

ON.272.2.2019.III

Wykonawcy postępowania

ODPOWIEDŹ NA PYTANIA

dot. przetargu:

„Przebudowa drogi powiatowej nr 2936G w wymiarze 1,8 km w celu poprawy bezpieczeństwa i dostępności sieci drogowej Dolnego Powiśla”

Zgodnie z art. 38 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018r., poz. 1986 ze zm.) Zamawiający udziela odpowiedzi na zapytanie dotyczące w/w przetargu.

Pytanie 1:

Po stronie Wykonawcy powstały uzasadnione wątpliwości odnośnie postanowień ujętych w Par. 8 ust. 1 pkt. b wzoru umowy. Wykonawca pragnie zaznaczyć, że wskazane kary umowne mogą być stosowane kumulatywnie przez Zamawiającego, co przy nie określeniu limitu maksymalnego kar umownych, jak również biorąc pod uwagę 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 obarczone 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. 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% - 5% 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. 8 ust. 1 pkt b) z tytułu zwłoki w zapłacie lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcy do wysokości 2% wartości należnego podwykonawcy wynagrodzenia. 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 8 ust. 1 pkt. b) z tyt. nie przedłożenia do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany w wysokości 1% wynagrodzenia wynagrodzenia wskazanego w umowie o podwykonawstwo. Zastrzeżenie kary umownej w wysokości 10% wynagrodzenia przysługującego GW dla par 8 ust. 1 pkt. b) z tyt. odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy jest karą rażąco wygórowaną. Zważywszy na powyższe Wykonawca wnosi o zmniejszenie kary umownej z tyt. odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy do pułapu 5% wynagrodzenia netto Wykonawcy. W tym miejscu wskazać należy, iż okoliczne gminy stosują przywołane przez nas standardy.

Odpowiedź:

Zamawiający pozostawia zapisy § 8 ust. 1 pkt. b bez zmian.

Pytanie 2:

Wykonawca wnosi o poprawienie oczywistej omyłki w Par 8 ust. 1 pkt. b). Przy karze dotyczącej umów podwykonawczych wstawiono słowo „nieprzedłużenie” zamiast „nieprzedłożenie”

Odpowiedź:

Zamawiający dokonuje poprawy zapisu § 8 ust. 1 lit. b/ tiret piąty poprzez zastąpienie słowa „nieprzedłużenie” słowem „nieprzedłożenie”

Pytanie 3:

Wykonawca wnosi o wykreślenie zapisu Par ust. 4 pkt. a), gdyż stoi on w sprzeczności z ideą wynagrodzenia ryczałtowego.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wykreśli zapisu § 7 ust. 4 pkt a.

Pytanie 4:

Wykonawca wnosi o ograniczenie odpowiedzialności odszkodowawczej wskazanej Par 8 ust. 3 do kwestii związanej z utratą dofinansowania z winy Wykonawcy. Pozostawienie zapisów dotyczących odpowiedzialności odszkodowawczej w takiej formie jednocześnie przy zastosowaniu wysokich kar są one zbyt wysokim obciążeniem dla Wykonawcy

Odpowiedź:

Zapis §8 ust. 3 pozostaje bez zmian.

Pytanie 5:

Wykonawca wnosi o skrócenie terminu wskazanego w Par 3 ust. 4 na zgłoszenie zastrzeżeń przez Zamawiającego do 7 dni.

Odpowiedź:

Zamawiający skracza termin wskazany w §3 ust. 4 z 14 dni na 7 dni.

Pytanie 6:

Wykonawca wnosi o uzupełnienie zapisów Par. 6 o możliwość wystawiania faktur częściowych. Taka forma zapisów wskazanych w niniejszym paragrafie przerzuca odpowiedzialność za finansowanie inwestycji na Wykonawcę co bezpośredni wpływ na koszty ujęte w ofercie.

Odpowiedź:

Zmawiający uzupełnia § 6 poprzez dodanie ust. 2 o niżej podanej treści:

„(...) 2. Przewiduje się częściowe rozliczanie i fakturowanie robót, za faktycznie wykonane roboty, poprzez wystawienie przez Wykonawcę faktur częściowych po zrealizowaniu zakresu rzeczowego robót w wysokości 30% i 60% wartości przedmiotu zamówienia.
Podstawą wystawiania faktur częściowych będą protokoły odbioru częściowego robót za wykonany zakres robót potwierdzony przez inspektora nadzoru. (...)”

Pytanie 7:

Wykonawca wnosi aby terminy wykonania wskazane w par 4 ust. 2 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:

Zapis §4 ust. 2 pozostaje bez zmian.

Starosta Sztumski
/-/ Sylwia Celmer