Miasto i Gmina Sztum
ul. Mickiewicza 39, 82-400 Sztum
NIP 578-22-11-352, REGON 170747773
tel. (55) 640 63 01/02, (55) 640 63 03
fax (55) 640 63 00

Sztum, dnia 25.03.2019 r.

RI.271.3.2019

WYJAŚNIENIA DO TREŚCI SIWZ (1)

Nazwa zadania: „Przebudowa i budowa dróg osiedlowych obejmująca Osiedle Pieniężnego wraz z infrastrukturą techniczną Etap II"

Działając w trybie art. 38 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.) Zamawiający udostępnia na stronie internetowej treść zapytań wraz z wyjaśnieniami.

Pytanie 1

Po stronie Wykonawcy powstały uzasadnione wątpliwości odnośnie postanowień ujętych w Par. 16 ust. 1 wzoru umowy. W pierwszym rzędzie należy wskazać, że określenie kary umownej za nie wykonanie przedmiotu umowy w wysokości 0,2% wynagrodzenia brutto za każdy dzień zwłoki oraz za spowodowanie przerwy w realizacji robót w wysokości 0,2% wynagrodzenia brutto za każdy dzień przerwy, oznacza, że już kilkunastodniowa zwłoka w realizacji robót spowoduje naliczenie kar umownych w wysokości kilku procent wynagrodzenia Wykonawcy brutto, co w ocenie Wykonawcy jest sankcją zbyt dotkliwą i nie adekwatną do sytuacji.

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 współżycia społecznego i skutkować winno bezwzględną nieważnością czynności prawnej na podstawie przepisu art. 353^1 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 0,1% 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 stwarzające nadmiernego ryzyka finansowego po stronie Wykonawcy.

Mając powyższe na względzie wnosimy o zmniejszenie wysokości kar umownych wskazanych w Par. 16 ust. 1 pkt 1) z tytułu niewykonania przedmiotu umowy do wysokości 0,1% wynagrodzenia brutto za każdy dzień zwłoki. Wykonawca wnosi także o zmniejszenie limitu kar umownych wskazanego w Par. 16 ust. 2 do wysokości 20% wartości umownej brutto. Ponadto wnosimy o zastrzeżenie kar umownych z tytułu uchybień określonych w Par 16 ust. 1 pkt. 2), pkt. 3), pkt. 4), pkt. 5), pkt. 6) w wysokości 0,1% wynagrodzenia brutto za każde zdarzenie oraz dla w Par 16 ust. 1 pkt. 8) w wysokości 1% całkowitego wynagrodzenia brutto za każde zdarzenie. Zastrzeżenie kary umownej w wysokości 20% dla par 16 ust. 1 pkt. 7) wynagrodzenia brutto przysługującego GW jest karą rażąco wygórowaną. Zważywszy na powyższe Wykonawca wnosi o zmniejszenie kary umownej z tytułu o którym mowa w Par 16 ust. 1 pkt 7) do pułapu 10% wynagrodzenia brutto Wykonawcy. W tym miejscu wskazać należy, iż okoliczne gminy stosują przywołane przez nas standardy.

Odpowiedź nr 1
Zamawiający podtrzymuje wysokość kar ujętych w umowie.
Kary umowne nie służą wzbogaceniu się Zamawiającego. Mają stanowić zabezpieczenie Zamawiającego przed nierzetelnym Wykonawcą.
W uzasadnionych przypadkach umowa zawiera zapisy dotyczące możliwości przedłużenia terminu umownego.

Pytanie nr 2
Wykonawca wnosi o zmianę Par. 4 ust. 5 w taki sposób aby nie ograniczać Wykonawcy możliwości fakturowania do wysokości 90% wartości zadania, gdyż przy takim sposobie rozliczania zadania Zamawiający przenosi ciężar finansowania 10% inwestycji na Wykonawcę. Ponadto pozostawienie 10% wartości kontraktu do czasu rozliczenia końcowego jest zbyt wysokim zabezpieczeniem strony Zamawiającego z tyt. bezusterkowego wykonania kontraktu.

Odpowiedź nr 2
Zamawiający podtrzymuje zapisy dotyczące sposobu rozliczania zadania.

Pytanie nr 3
Wykonawca wnosi o poprawę omyłki w Par. 16 ust. 1 pkt. 4) projektu umowy w taki sposub aby karę za barak zapłaty lub nieterminową zapłatę Zamawiający naliczał od wysokości wynagrodzenia brutto podwykonawcy lub dalszego podwykonawcy

Odpowiedź nr 3
Zamawiający podtrzymuje zapisy ujęte w umowie.
Zgodnie z umową Wykonawca odpowiada za Podwykonawcę lub dalszego podwykonawcę.
Wykonawca może odpowiednio skonstruować umowę z podwykonawcą lub dalszym podwykonawcą, aby zabezpieczyć się przed jego nierzetelnością.

Pytanie nr 4
Wykonawca wnosi o skrócenie terminów wskazanych w Par 8 ust. 5 i ust. 7 do 7 dni. Wskazany 14 dniowy termin na wniesienie uwag przez Zamawiającego spowalnia procedurę akceptacji Podwykonawców co bezpośrednio przekłada się na termin rozpoczęcia prac przez PW.

Odpowiedź nr 4
Zamawiający podtrzymuje zapisy ujęte w umowie.

Pytanie nr 5
Wykonawca wnosi o zmianę zapisu Par. 11 ust. 4 projektu umowy w taki sposób aby jasno precyzował, iż decyzje które mają bezpośredni wpływ na wynagrodzenie Wykonawcy winny mieć każdorazowo akceptację Zamawiającego. Zapis w takiej postaci może sugerować, iż decyzje inspektora nadzoru są wiążące również dla Zamawiającego w zakresie zmiany wynagrodzenia Wykonawcy.

Odpowiedź nr 5
Zamawiający informuje, że z Inspektorem Nadzoru Inwestorskiego zawierana jest oddzielna umowa, w której określony jest zakres obowiązków i uprawnień Inspektora Nadzoru Inwestorskiego.

Pytanie nr 6
Wykonawca wnosi o wykreślenie Par. 16 ust. 3 projektu umowy, gdyż jest on nie zgodny z ideą wynagrodzenia ryczałtowego jak również z zasadą równego traktowania stron umowy.

Odpowiedź nr 6
Zamawiający podtrzymuje zapisy ujęte w umowie.

Pytanie nr 7
Wykonawca wnosi o wydłużenie terminów wskazanych w Par. 17 ust. 2 pkt. 2 oraz pkt. 3 do 7 dni, gdyż przy realizacji zadania w formule uczestnictwa Podwykonawców lub dalszych podwykonawców termin na reakcję wskazany przez Zamawiającego wydaje się zbyt krótki.

Odpowiedź nr 7
Zamawiający podtrzymuje zapisy ujęte w umowie.

Pytanie nr 8
Wykonawca wnosi aby termin wykonania wskazany w Par 3 ust. 1 oraz Par. 3 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/miesięcy 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 nr 8

Zamawiający podtrzymuje zapisy ujęte w umowie. W interesie Zamawiającego jest zakończenie realizacji inwestycji do dnia wskazanego w OPZ.
Zamawiający informuje, że zgodnie z PZP termin związania z ofertą wynosi 30 dni. W tym terminie, ujęty jest okres na podpisanie umowy. Zgodnie z zapisami umowy Zamawiający przekaże Wykonawcy robót teren budowy w ciągu 7dni od dnia podpisania umowy, natomiast Wykonawca zobowiązany jest rozpocząć roboty budowlane w ciągu 7 dni od dnia podpisania umowy.

Pytanie nr 9

Wykonawca wnosi o zmianę z Par. 4 ust. 6 pkt. 2 projektu umowy, w taki sposób aby rozpoczęcie biegu okresu gwarancji i rękojmi wykonanych robót nie było uzależnione od daty dokonania bezusterkowego odbioru końcowego robót.

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 nr 9

Zamawiający podtrzymuje zapisy ujęte w umowie.
Należy rozróżnić wady istotne i nieistotne wykonania przedmiotu umowy. W przypadku wad w wykonaniu przedmiotu umowy, Zamawiający rozpocznie czynności odbiorowe i wyznaczy termin na ich usunięcie, następnie po ich usunięciu zakończy czynności odbiorowe.

Pytanie nr 10

W projekcie wykonawczym dot. Budowy oświetlenia drogowego na schemacie nr E2 różni się ilość opraw z ilością podaną w przedmiarach. Ilość na schemacie: 33szt., w przedmiarach: 32szt. Proszę o wskazanie prawidłowej ilości projektowanych opraw.

Odpowiedź nr 10

Prawidłowa ilość opraw to 32, rozbieżność wynika z podziału inwestycji na etapy i kolejności wykonania poszczególnych etapów.
Oprawa nr 1/7 została zamontowana podczas budowy łącznika (etap 3).

Burmistrz Miasta i Gminy
z up.
.....mgr inż. Ryszard Wirtwein.....
Zastępca Burmistrza
Kierownik Zamawiającego