

Zamawiający:

Gmina Smółdzino

ul. Kościuszki 3,

76-214 Smółdzino

Tel./Fax (59) 811 72 15/ (59) 811 74 60

Strona internetowa: www.bip.smoldzino.com.plAdres e-mail: sekretariat@smoldzino.com.pl**Wykonawcy****Odpowiedzi na pytania Wykonawców**

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego wartość szacunkowa nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) realizowanym w trybie przetargu nieograniczonego na zadanie: „Remont drogi gminnej nr G102008G w miejscowości Smółdzino”

Zgodnie z art. 38 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych* (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) Zamawiający informuje, iż w przedmiotowym postępowaniu wpłynęły pytania Wykonawców dot. wyjaśnienia treści SIWZ. Poniżej przedstawiamy pytania Wykonawcy wraz z odpowiedziami Zamawiającego.

Pytanie nr 1:

Wykonawca wnosi o zmianę wysokości kar umownych zastrzeżonych w §11 Umowy jak również o zmniejszenie limitu kar umownych. W ocenie Wykonawcy określenie limitu na poziomie wynagrodzenia ryczałtowego brutto, możliwość dochodzenia odszkodowanie uzupełniającego oraz wysokość zastrzeżonych kar, prowadzi do wniosku, że zastrzeżone przez Zamawiającego kary są 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 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. 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 0,5% 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 § 11 ust. 2 pkt 1 oraz 11 ust. 2 pkt 2 do wysokości 0,5% wynagrodzenia brutto za każde zdarzenie. Wykonawca wnosi o zmniejszenie limitu kar umownych wskazanych w §11 ust. 9 do wysokości 20% wynagrodzenia ryczałtowego brutto. Ponadto wnosimy o zastrzeżenie kar umownych z tytułu uchybień określonych w § 11 ust. 3 pkt. 1), pkt. 2), pkt. 3), pkt. 4), w wysokości 2.000 zł za każde zdarzenie.

Dodatkowo Wykonawca wnosi o obniżenie wysokości kar umownych z tytułu odstąpienia od Umowy zastrzeżonej w §11 ust. 2 pkt. 3) do wysokości 10% wynagrodzenia brutto Wykonawcy. W ocenie Wykonawcy określenie kary na poziomie 20% wynagrodzenia ryczałtowego brutto jest karą rażąco wygórowaną. Wykonawca uzasadnia wskazany wniosek powołując się na argumentację wskazaną powyżej.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający dokonuje zmiany w projekcie umowy w następujący sposób:

§ 11 ust. 2 pkt 1 zostaje zastąpiony zapisem o następującym brzmieniu:

„opóźnienie w wykonaniu przedmiotu zamówienia w wysokości 0,5 % wynagrodzenia brutto określonego w § 6 ust. 1 umowy, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki, licząc od wymagalnego terminu określonego w § 2 umowy”.

Wykonawca nie wyraża zgody na zmianę pozostałych zapisów projektu umowy.

Pytanie nr 2:

Wykonawca wnosi o zmianę podstawy naliczenia kar wskazanych §11 ust. 2 pkt. 1), pkt. 2) przez zastąpienie słowa „opóźnienie” słowem „zwłoka”. Wykonawca nie może być obciążany karami za zdarzenia na które nie ma wpływu i za które nie ponosi odpowiedzialności.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający nie wyraża zgody na dokonanie przedmiotowych zmian.

Pytanie nr 3:

Wykonawca wnosi o wykreślenie zapisu § 11 ust. 4, gdyż wysokość zaproponowanych kar oraz wysokość limitu kar są wystarczającą sankcją dla Wykonawcy.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający nie wyraża zgody na dokonanie przedmiotowych zmian.

Pytanie nr 4:

Wykonawca wnosi o zmianę zapisu §6 ust. 2, §6 ust. 3 projektu umowy oraz Rozdziału XII SIWZ. 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 przepisy 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 jest stosowanie tego rodzaju postanowień umownych na podstawie których następuje próba przeniesienia odpowiedzialności za prawidłowość opisu przedmiotu zamówienia na Wykonawcę. W tym miejscu należy nadmienić, iż wizja lokalna nie należy do obowiązków Wykonawcy. Przesuwanie odpowiedzialności za prawidłowe opisanie przedmiotu zamówienia na Wykonawcę narusza również zasadę równości stron umowy.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający nie wyraża zgody na dokonanie przedmiotowych zmian.

Pytanie nr 5:

Wykonawca wnosi o skrócenie terminów wskazanych w § 5 ust. 4 do 7 dni. Wskazany 14 dniowy termin na wniesienie zastrzeżeń przez Zamawiającego spowalnia procedurę akceptacji umów Podwykonawczych co bezpośrednio przekłada się na termin rozpoczęcia przez nich prac w ramach wskazanej inwestycji.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający nie wyraża zgody na dokonanie przedmiotowych zmian.

Pytanie nr 6:

Wykonawca wnosi o wydłużenie terminu na usunięcie wad i usterek wskazanych § 12 ust. 2 i ust. 3 projektu umowy do 14 dni.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający nie wyraża zgody na dokonanie przedmiotowych zmian.

Pytanie nr 7:

Wykonawca wnosi o ograniczenie odpowiedzialności zawartej w § 4 ust. 11, § 4 ust. 17 oraz § 4 ust. 24 projektu umowy do zdarzeń za które winę ponosi Wykonawca bądź jego pracownicy. Zamawiający nie powinien przenosić na Wykonawcę odpowiedzialności za zdarzenia do których się nie przyczynił tym bardziej kiedy na te zdarzenia ma wpływ strona trzecia.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający wykreśla z projektu umowy następujące zapisy: § 4 ust. 11 oraz ust. 24. Zamawiający nie wyraża zgody na wykreślenie z projektu umowy § 4 ust. 17.

Pytanie nr 8:

Wykonawca wnosi o zmianę zapisów § 10 oraz § 10 ust. 1, ust. 2, ust. 3 w taki sposób aby dać możliwość wykonawcy fakturowania chociaż do wysokości 70% wartości kontraktu. Wprowadzenie przez Zamawiającego ograniczenia fakturowania do jednej Faktury na koniec zadania przerzuca konieczność finansowania 100% inwestycji przez Wykonawcę co ma bezpośredni wpływ na wycenę kosztów bezpośrednich inwestycji. Pozostawienie 100% wartości inwestycji jako zabezpieczenie bezusterkowego odbioru końcowego jest zbyt daleko idącym środkiem zapobiegawczym ze strony Zamawiającego. Naszym zdaniem wskazane w projekcie umowy zapisy dotyczące procedury odbiorowej, kary umowne oraz możliwość dochodzenia odszkodowania uzupełniającego są wystarczającym środkiem chroniącym interesy Zamawiającego.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający nie wyraża zgody na dokonanie przedmiotowych zmian.

Pytanie nr 9:

Wykonawca wnosi o wykreślenia zdania w § 10 ust. 1 dotyczącego podzielonej płatności. Zgodnie z wprowadzonymi od 1 listopada 2019 zmianami podatkowymi podzielona płatność jest dla Wykonawcy obowiązkiem w zakresie przepisów określonych ustawą o VAT. Wychodząc naprzeciw zmianą podatkowym proponowanym przez Rząd w 2020 roku Wykonawca prosi o potwierdzenia, iż zapis § 10 ust. 1 pkt. 1e) dotyczy również zmian w prawie podatkowym.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający dokonuje zmiany w projekcie umowy w następujący sposób:

§ 10 ust. 1 zostaje zastąpiony zapisem o następującym brzmieniu:

„Należne Wykonawcy wynagrodzenie płatne będzie na podstawie faktury końcowej”

Pytanie nr 10:

Wykonawca wnosi o potwierdzenie, iż wymagania zawarte w § 10 ust. 6, ust. 7 i ust. 8 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:

Nie dotyczy przedmiotu umowy.

Pytanie nr 11:

Wykonawca wnosi aby termin wykonania wskazany w § 2 ust. 1 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 Zamawiającego:

Zamawiający nie dokona zmiany w zakresie wskazanym w § 2 ust. 1 projektu umowy.

Pytanie nr 12:

Wykonawca wnioskuje o zmianę Projektu Umowy § 4 ust. 19 pkt. b) w taki sposób by nie uzależniać działania zapisów § 10 oraz rozpoczęcia biegu okresu gwarancji i rękojmi wykonanych robót, od daty zakończenia 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 Zamawiającego:

Zamawiający nie wyraża zgody na dokonanie przedmiotowych zmian.

Jednocześnie Zamawiający informuję, iż w przedmiotowym postępowaniu nie ulega zmianie miejsce, termin składania i otwarcia ofert.

**/-/ Wójt Gminy Smóldzino
Arkadiusz Walach**

Pomorski Urząd Wojewódzki
ul. Okopowa 21/27
80 – 810 Gdańsk

W związku z umową Nr 79/FB/2017 z dnia 04.12.2017 r. w sprawie udzielenia dotacji celowej na sfinansowanie wyposażenia gabinetu profilaktyki zdrowotnej, w związku z ustawą z dnia 15 września 2017 r. *o szczególnych rozwiązaniach zapewniających poprawę jakości i dostępności świadczeń opieki zdrowotnej*, Gmina Smołdzino w załączeniu przesyła rozliczenie dotacji wraz z kopiami dokumentów potwierdzających poniesione wydatki.

Z poważaniem