

**Wykonawcy ubiegający się
o udzielenie zamówienia**Poznań, ~~14~~ września 2018r.l.dz. ~~3470~~.../PIM/09/18/ZP/2016-74**Dotyczy: zamówienia publicznego pn. „Przebudowa obiektu nad PST Szymanowskiego”,
postępowanie numer ref. PIM/09/18/ZP78/2016-74.**

Zgodnie z art. 38 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t. j.: Dz. U. z 2017r., poz. 1579 ze zm.), Zamawiający przekazuje wyjaśnienia dotyczące treści SIWZ:

Pytanie nr 1:

Wykonawca wnioskuję o zmianę §11 ust. 1 oraz §11 ust 2 projektu umowy, w ten sposób by nie uzależniać wypłaty wynagrodzenia i co za tym idzie daty rozpoczęcia biegu okresu rękojmi wykonanych robót, od daty dokonania bezusterkowego odbioru 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 zmianę.

Postanowienie takie nie jest niezgodne z prawem, gdyż żaden przepis nie zakazuje stosowania takich regulacji. Ponadto art. 353¹ KC statuuje zasadę swobody umów, zgodnie z którą Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Zamawiający uzależnia możliwość wystawienia faktury od bezusterkowego odbioru. Jednak należy w tej sprawie uwzględnić całość uregulowań umowy, a w szczególności postanowienia odnośnie procedury dokonywania odbiorów gdzie różnicuje się wady w zależności od ich istotności dla przedmiotu odbioru. Jeżeli zatem w toku odbioru ujawnią się wady nieistotne, a Wykonawca usunie jest w wyznaczonym terminie - nie będą naliczane kary umowne, a odbiór zostanie skutecznie dokonany.

W tym stanie rzeczy, przywołane orzeczenie nie znajduje bezpośredniego zastosowania w okolicznościach niniejszego zamówienia. Za powyższym dodatkowo przemawia fakt, że orzeczenie to zapadło w stanie faktycznym dotyczącym budowy domu jednorodzinnego, a umowa zawarta była pomiędzy podmiotami prywatnymi. Niniejsza sprawa dotyczy jednakowoż zamówienia publicznego o wartości znacznie przekraczającej wartość budowy domu jednorodzinnego.

Należy również mieć na uwadze, że Zamawiający jako jednostka finansów publicznych jest zobowiązany do szczególnej dbałości należyte wydatkowanie środków publicznych. Z racji powyższego na Zamawiającym ciąży szczególny obowiązek zabezpieczenia swoich interesów kierując się zasadami gospodarności, celowości i rzetelności dokonywania takich wydatków. Zapisy umowne mają umożliwiać ochronę interesów Zamawiającego.

Pytanie nr 2:

Po stronie Wykonawcy powstały uzasadnione wątpliwości odnośnie postanowień ujętych w §13 ust. 1 lit a) oraz §13 ust. 2 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 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 10% wartości kontraktu brutto. 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, tj. do wysokości 10% wartości kontraktu brutto. 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 wprowadzenie limitu kar umownych w wysokości 10% wartości kontraktu netto.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę.

Zamawiający nie zgadza się z zarzutem, iż wysokość zastrzeżonych kar jest wygórowana i nieadekwatna do karanych naruszeń. Zgodnie z orzecznictwem KIO: *„Zamawiającemu przyznane zostało uprawnienie do ukształtowania postanowień umownych. Zamawiający może, o ile nie wykracza poza unormowanie art. 353(1) k.c., dowolnie sformułować postanowienia w zakresie kar umownych, zależnie od sytuacji faktycznej i swoich potrzeb.”* (wyrok KIO z dnia 29 stycznia 2013 r., KIO 113/13; KIO 117/13).

Tak też się stało w niniejszym postępowaniu, w którym wysokość kar dostosowana jest do przedmiotu zamówienia i nie narusza zasady swobody umów.

Wskazujemy, iż poprzez zastrzeżenie kar Zamawiający nie zmierza do wzbogacenia siebie kosztem wykonawcy. Wskazać należy, iż wbrew twierdzeniom wykonawcy jedną z funkcji kary umownej jest funkcja dyscyplinująca. Celem zastrzeżonych w przedmiotowej umowie kar jest przede wszystkim zdyscyplinowanie wykonawcy do sprawnego działania oraz powstrzymanie go od działania niezgodne z umową. Jak słusznie zauważył Sąd Apelacyjny w Poznaniu: *„Kara umowna jest dodatkowym zastrzeżeniem umownym, mającym na celu wzmocnienie skuteczności więzi powstałej między stronami w wyniku zawartej przez nie umowy i służy realnemu wykonaniu zobowiązania, a także zdyscyplinowaniu stron.”* (wyrok z dnia 11 czerwca 2013 r., I ACa 356/13). Kara ma też funkcje gwarancyjno-zabezpieczającą zapewniającą wykonanie umowy w uzgodnionych rygorach, w tym przypadku w uzgodnionym terminie (tak np. SA w Warszawie w wyroku z dnia 3 czerwca 2015 r. VI ACa 1682/14). Te właśnie funkcje są priorytetowe dla Zamawiającego, który oczekuje wykonania inwestycji w terminie wskazanym w ofercie.

Pytanie nr 3:

Dot. §13 ust. 1 lit a) oraz §13 ust. 2 wzoru umowy. Wykonawca wnosi o wykreślenie ze wzoru umowy zapisów umożliwiających Zamawiającemu naliczanie kolejno kar za nieukończenie poszczególnych etapów, a tym samym ich kumulowanie lub wprowadzenie zapisu umownego, że w przypadku zaistnienia okoliczności dających podstawę do naliczenia kary umownej, o której mowa w §13 ust. 1 lit a) Wykonawca może, w terminie nie dłuższym niż 14 dni od dnia otrzymania od Zamawiającego pisma informującego o podstawie i wysokości kary umownej, przedstawić Zamawiającemu zabezpieczenie zakończenia robót w terminie w formie gwarancji bankowej lub gwarancji ubezpieczeniowej, na kwotę równą wysokości należnej kary umownej. W przypadku dotrzymania terminu zakończenia robót, o którym mowa w §3 ust. 1 lit. h)

umowy, Zamawiający zwróci Wykonawcy powyższą gwarancję lub dokona zwrotu kwot zatrzymanych, w terminie 14 dni od dnia podpisania protokołu odbioru ostatecznego.

Zapisy umowy w obecnym brzmieniu umożliwiają zamawiającemu karanie Wykonawcy kilkukrotnie za to samo opóźnienie. Przy aktualnych terminach złożenia i ważności oferty Zamawiający wymaga ukończenia poprzez oddanie do ruchu: II etapu na przełomie lutego i marca 2019 r. , a etapu V na przełomie roku 2019/2020. W przypadku wystąpienia ujemnych temperatur wykonanie robót bitumicznych może okazać się niemożliwe. Powstałe w ten sposób opóźnienie może przyczynić się do niedotrzymania terminu w kolejnym etapie i naliczenie podwójnej lub wielokrotnej kary. Zdaniem Wykonawcy zwłoka w ukończeniu poszczególnych etapów nie musi wpłynąć na terminową realizację całego zadania.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę. Zamawiający nie wyraża zgody na wykreślenie tego przepisu ani dokonanie jego zmiany. Wykonawca jako podmiot profesjonalny powinien wziąć po uwagę ryzyko wystąpienia warunków atmosferycznych.

Pytanie nr 4:

Wykonawca wnosi o zmianę zapisów § 11 ust. 2 projektu umowy w taki sposób aby nie ograniczać możliwości częściowego fakturowania do 90% wartości umownej brutto, gdyż taka sytuacja przenosi konieczność finansowania zadania na Wykonawcę.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający nie wyraża zgody na dokonanie zmiany tego przepisu. Zapis ten jest zgodny z art. 143a ust. 3 Pzp.

Pytanie nr 5:

Proszę o potwierdzenie, że przekazana przez Zamawiającego dokumentacja techniczna jest kompletna, a ewentualne braki w dokumentacji nie będą obciążały Wykonawcy.

Odpowiedź Zamawiającego:

W ocenie Zamawiającego przekazana dokumentacja jest kompletna. Jednakże jeżeli wykonawca dostrzeże jakieś braki ma obowiązek zgłoszenia ich w trybie art. 651 kodeksu cywilnego ze wszystkimi skutkami związanymi z zaniechaniem takiego zgłoszenia.

Pytanie nr 6:

Wnosimy o zmianę zapisów umowy poprzez wykreślenie zapisów § 16 ust. 2. oraz dodanie możliwości wprowadzenia zmian do postanowień umowy ze względu na niekorzystne warunki atmosferyczne nie sprzyjające lub uniemożliwiające prawidłowe wykonanie robót, w szczególności zaplanowanych zgodnie z harmonogramem i technologią realizacji robót, z odpowiednimi normami lub innymi przepisami, wymagającymi konkretnych warunków atmosferycznych.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający nie wyraża zgody. Ustalony przez Zamawiającego harmonogram prac uwzględnia ryzyko wystąpienia zjawisk atmosferycznych uniemożliwiający bądź utrudniających wykonanie części robót.

Pytanie nr 7

Wnosimy o zmianę zapisów umowy poprzez uwzględnienie sytuacji wystąpienia siły wyższej. W obecnym brzmieniu umowa zmusza Wykonawcę do przewidzenia wystąpienia chociażby klęsk żywiołowych, czy innych sytuacji, na których wystąpienie Wykonawca może nie mieć wpływu, a które znacząco mogą wpłynąć na termin realizacji zadania. Dodatkowo, Wykonawca oświadcza, że dołoży wszelkich starań, aby dotrzymać terminów umownych.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę postanowień umowy. Wystąpienie siły wyższej nawet bez wprowadzania dodatkowych zapisów ma wpływ na ocenę odpowiedzialności wykonawcy. Z tego względu brak jest podstaw do dokonywania zmian.

Pytanie nr 8:

Prosimy o potwierdzenie, że udostępniony projekt tymczasowej organizacji ruchu jest aktualny, uzgodniony oraz zatwierdzony przez właściwe organy, a brak uzgodnień oraz zatwierdzeń nie będzie obciążał w żaden sposób Wykonawcy.

Odpowiedź Zamawiającego:

Zamawiający posiada aktualny, uzgodniony i zatwierdzony przez właściwe organy projekt tymczasowej organizacji ruchu.

Zamawiający informuje, że wszelkie późniejsze zmiany w tymczasowej organizacji ruchu dokonywane na wniosek Miejskiego Inżyniera Ruchu (lub inne jednostki miejskie) w oparciu o wyniki obserwacji ruchu, dokonywane muszą być na koszt wykonawcy, który musi wkalkulować możliwość ponoszenia takich kosztów w składanej przez siebie ofercie.

Z poważaniem,

Prezes Zarządu

Jaromir Weigel
(1)

Wiceprezes Zarządu

Krzysztof Sas
(1)

Sprawę prowadzi:

Dawid Kozłowski

tel. 61 884 20 16

e-mail: dawid.kozlowski@pozim.pl

