

Człuchów, dn. 20.08.2019 roku

IN.271.14.2019

Do wszystkich Wykonawców

Dotyczy: Przetargu nieograniczonego na „Przebudowę drogi gminnej 236040G wraz z budową ścieżki pieszo-rowerowej”.

Na podstawie art. 38 ust 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2018 poz. 1986 z późn.zm.) przekazuję treść zapytań, które wpłynęły do Zamawiającego:

Pytanie 1:

Po stronie Wykonawcy powstały uzasadnione wątpliwości odnośnie postanowień ujętych w Par. 8 ust. 1 wzoru umowy. Wykonawca pragnie zaznaczyć, że wskazane kary umowne mogą być stosowane kumulatywnie przez Zamawiającego, co przy nie określeniu limitu maksymalnego kar umownych, egzekwowaniu zapisów Par. 8 jak również biorąc pod uwagę wysokość zastrzeżonych kar oraz możliwość dochodzenia odszkodowania uzupełniającego, 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 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 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

obiekty). 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 brutto, a kary umowne za zwłokę w realizacji umowy, wynoszą od 0,01% do 0,1% za każdy dzień zwłoki. 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. 1) z tytułu opóźnienia w zakończeniu przedmiotu umowy do wysokości 0,1% wynagrodzenia brutto za każdy dzień opóźnienia. Wykonawca wnosi o wprowadzenie limitu kar umownych wskazanych w Par. 8 ust. 1 do wysokości 20% wynagrodzenia brutto. Ponadto wnosimy o zastrzeżenie kar umownych z tytułu uchybień określonych w Par 8 ust. 1 pkt. 2), pkt. 4) pkt. 5), pkt. 6) pkt. 7) w wysokości 0,1% wynagrodzenia brutto za każde zdarzenie oraz dla Par 8 ust. 1 pkt. 8) w wysokości 500,00 zł za każde zdarzenie. Zastrzeżenie kary umownej w wysokości 10% dla Par 8 ust. 1 pkt. 3) wynagrodzenia brutto przysługującego Wykonawcy jest karą rażąco wygórowaną. Zważywszy na powyższe Wykonawca wnosi o zmniejszenie kary umownej z tytułu o którym mowa w Par 8 ust. 1 pkt. 3) do pułapu 5% wynagrodzenia brutto Wykonawcy. W tym miejscu wskazać należy, iż okoliczne gminy stosują przywołane przez nas standardy.

Odpowiedź: Zamawiający nie przewiduje zmian postanowień umowy.

Pytanie 2:

Wykonawca wnosi o zmianę zapisów Par 8 ust. 1 pkt. 1), pkt. 2), pkt. 4) pkt. 5), pkt. 6) pkt. 7) przez zastąpienie słowa „opóźnienie” słowem „zwłoka”. Stosowanie wskazanego zapisu obciąża Wykonawcę skutkami postępowania zarówno zawinionymi przez Wykonawcę jak i od niego niezależnymi. Wykonawca winien ponosić odpowiedzialność za działania przez niego zawinione oraz za działania na które ma wpływ.

Odpowiedź: Zamawiający nie przewiduje zmian postanowień umowy.

Pytanie 3:

Wykonawca wnosi o wykreślenie z projektu umowy Par. 8 ust. 3, gdyż nie on zgodny z zasadą równego traktowania stron umowy.

Odpowiedź: Zamawiający nie przewiduje zmian postanowień umowy.

Pytanie 4:

Wykonawca wnosi o wykreślenie z projektu umowy Par. 1 ust. 6, gdyż nie jest on zgodny z zasadą wynagrodzenia ryczałtowego oraz równego traktowania stron umowy.

Odpowiedź: Zamawiający nie przewiduje zmian postanowień umowy.

Pytanie 5:

Wykonawca wnosi o potwierdzenie, iż wymagania zawarte w Par. 5 ust. 9 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: Wymagania zawarte w § 5 ust. 9 dotyczą wyłącznie umowy podwykonawczej na wykonanie robót budowlanych.

Pytanie 6:

Wykonawca wnosi o ograniczeniu odpowiedzialności wynikającej z zapisu Par. 4 ust. 7 pkt. 8) Par. 5 ust. 2 oraz Par. 5 ust. 3 do dokumentacji z jaką Wykonawca był w stanie dysponować na etapie postępowania przetargowego oraz do dokumentacji stanowiącej załączniki do niniejszego projektu umowy. Do obowiązków zamawiającego należy właściwe rozpoznanie, przygotowanie oraz opisanie przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie może przerzucać na wykonawcę na etapie prowadzenia robót ryzyka związanego z właściwym rozpoznanieniem przedmiotu zamówienia. W tym miejscu należy nadmienić, iż wizja lokalna nie należy do obowiązków wykonawcy.

Odpowiedź: Zamawiający nie przewiduje zmian postanowień umowy.

Pytanie 7:

Wykonawca wnosi o wykreślenie lub zmianę w projekcie umowy w Par. 4 ust. 7 pkt. 18), w taki sposób aby odpowiedzialność wykonawcy została ograniczona do szkód za które wykonawca ponosi odpowiedzialność. Wykonawca nie może ponosić odpowiedzialności na zasadzie wyłączności za szkody co do których w żaden sposób się nie przyczynił przy zachowaniu należytej staranności w procesie budowlanym.

Odpowiedź: Zamawiający nie przewiduje zmian postanowień umowy.

Pytanie 8:

Wykonawca wnosi o wyjaśnienie jaki długi okres rękojmi Zamawiający miał na myśli w zapisach Par. 7 i Par. 11 projektu umowy.

Odpowiedź: Zapisy § 7 i § 11 wzoru umowy dotyczą pięcioletniego okresu rękojmi.

Pytanie 9:

Wykonawca wnosi o wydłużenie terminów na usuwanie wad i usterek wskazanych w Par. 11 ust. 3 i ust. 4 do 10 dni roboczych. W obecnych realiach branży budowlanej wskazany w projekcie umowy termin może okazać się zbyt krótki.

Odpowiedź: Zamawiający nie przewiduje zmian postanowień umowy.

Pytanie 10:

Wykonawca wnosi o uzupełnienie projektu umowy o zapisy dotyczące zmiany wynagrodzenia w zakresie wystąpienia robót dodatkowych. Zamawiający nie może wymagać od wykonawcy oświadczenia w zakresie prawidłowości wykonania zamówienia (Par. 4 ust. 7 pkt. 8) wskazując jedynie w umowie zasady postępowania przy robotach zamiennych oraz zmniejszeniu wynagrodzenia. Bez wskazania postępowania w przypadku wzrostu wynagrodzenia przytoczone oświadczenie jest zbyt dużym ryzykiem pozostawionym przez Zamawiającego po stronie wykonawcy.

Odpowiedź: Zamawiający nie przewiduje zmian postanowień umowy.

Pytanie 11:

Wykonawca wnosi aby terminy wykonania wskazane w Par. 2 ust. 2 Projektu Umowy zostały 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: Zamawiający nie przewiduje zmian postanowień umowy.

Pytanie 12:

W przedmiarze robót dotyczącym ścieżki pieszo-rowerowej w poz. 49 mowa jest o "oznakowaniu przejścia dla pieszych znakiem aktywnym D6 nad jezdnią z autonomicznym systemem zasilania solarnego". Zgodnie z pkt 2.2 Specyfikacji istotnych warunków zamówienia przedmiar należy traktować pomocniczo dla ułatwienia kalkulacji ceny oferty opartej na dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej. Zarówno w Specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dokumentacji projektowej i specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót brak jest jednak informacji na temat powyższego znaku aktywnego. Proszę o potwierdzenie czy Zamawiający wymaga uwzględnienia w wycenie przedmiotowej pozycji nr 49 z przedmiaru. Jeśli tak, proszę o przedstawienie specyfikacji technicznej dot. przedmiotowego znaku aktywnego oraz konstrukcji wsporczej dla tego znaku.

Odpowiedź: Zamawiający nie wymaga oznakowania przejścia dla pieszych znakiem aktywnym D6 nad jezdnią z autonomicznym systemem zasilania solarnego.

Pytanie 13:

Czy Zamawiający dopuszcza zastosowanie mieszanki SMA bez dodatku granulatu gumowego przy zastosowaniu np. asfaltu modyfikowanego PMB 45/80-55? Zgodnie z WT-2 2014 gdy wymagane jest zmniejszenie hałasu ruchu samochodowego zaleca się stosować SMA 8 – nie ma potrzeby stosowania dodatku granulatu gumowego (informacja pod tablicą 25, WT-2 2014). Ze względu na właściwości SMA z dodatkiem gumy, czas na wbudowanie wyprodukowanej mieszanki to ok. 60 minut. Ze względu na odległość wytwórni mas bitumicznych od miejsca wbudowania, na dzień dzisiejszy jest tylko jedna wytwórnia mas bitumicznych, z której można dostarczyć SMA w czasie poniżej 60 minut. Sytuacja ta może znacznie ograniczyć konkurencję w postępowaniu przetargowym.

Odpowiedź: Zamawiający dopuszcza zastosowanie mieszanki SMA bez dodatku granulatu gumowego przy zastosowaniu np. asfaltu modyfikowanego PMB 45/80-55.

Pytanie 14:

Czy Zamawiający dopuszcza zastosowanie SMA bez granulatu gumowego. Sama struktura SMA powoduje, że nawierzchnia jest już nawierzchnią o obniżonym hałasie i w znacznym stopniu pochłania hałas z toczących się kół pojazdów. Na etapie produkcji SMA z tym dodatkiem granulatu gumowego w wyniku wysokich temperatur (160-180st.C) następuje w znacznej części strata właściwości gumowych, co skutkuje skruszaniem się gumy i przyspieszeniem niszczenia i degradacji nawierzchni asfaltowej.

Odpowiedź: Zamawiający dopuszcza zastosowanie SMA bez granulatu gumowego przy zastosowaniu np. asfaltu modyfikowanego PMB 45/80-55.

Pytanie 15:

Zamawiający w SIWZ wskazał datę 23.08.2019r. jako dzień otwarcia ofert. W związku z dużym zakresem prac do wyceny oraz ograniczeniem czasu na jej przygotowanie, z uwagi na wolny od pracy dzień 15.08.2019r. wnioskujemy o przesunięcie daty otwarcia ofert na dzień 29.08.2019 roku.

Odpowiedź: Zamawiający nie przewiduje przesunięcia terminu składania ofert.


DZIENNIK REPERATY
Bogusław Lipski