**CENTRUM USŁUG WSPÓLNYCH W KOBYLNICY**

**UL.WODNA 20/2 76-251 KOBYLNICA**

**Znak sprawy: CUW.DOR.271.25.2020.OZ**

Kobylnica, dnia 19.11.2020r.

**Wykonawcy**

Dotyczy postępowania pn. **„Budowa** **i przebudowa ulicy Wodnej – drogi gminnej nr 114003G oraz przebudową ulicy Sportowej – drogi gminnej nr 114002G w Kobylnicy wraz z wykonaniem inwentaryzacji geodezyjnej powykonawczej i dokumentacji odbiorowej”.

Centrum Usług Wspólnych w Kobylnicy, działając w imieniu i na rzecz Gminy Kobylnica, informuje, że w prowadzonym postępowaniu wpłynęły następujące pytania dotyczące treści SIWZ i udziela odpowiedzi na podstawie art. 38 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843):**

1. Wykonawca wnosi o zmianę wysokości kar umownych zastrzeżonych w §12 Umowy jak również wprowadzenie limitu kar umownych. W ocenie Wykonawcy okoliczność nie określenia limitu, jak również znaczna ilość zdarzeń podlegających karaniu oraz wysokość zastrzeżonych kar, prowadzi do wniosku, że zastrzeżone przez Zamawiającego kary 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, 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 10% 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 § 12 ust. 1 pkt. 6) do wysokości 150 zł za każde zdarzenie. Wykonawca wnosi o wprowadzenie limitu kar umownych wskazanych w § 12 ust. 1 do wysokości 10% wynagrodzenia umownego netto. Ponadto wnosimy o zastrzeżenie kary umownych z tytułu uchybień określonych w § 12 ust. 1 pkt. 11), w wysokości 150 zł za każde zdarzenie.

Dodatkowo Wykonawca wnosi o obniżenie wysokości kar umownych z tytułu odstąpienia od Umowy zastrzeżonej w §12 ust. 1 pkt 10) do wysokości 30.000 zł. W ocenie Wykonawcy określenie kary na pułapie 50.000 zł jest karą rażąco wygórowaną. Wykonawca uzasadnia wskazany wniosek powołując się na argumentację wskazaną powyżej.

**Odpowiedź:**

Zamawiający pozostawia treść umowy bez zmian.

1. Wykonawca wnosi o wykreślenie § 2 ust. 6 projektu umowy. Wykonawca wskazuje, że to zadaniem Zamawiającego jest prawidłowe opisanie przedmiotu zamówienia, odzwierciedlenie rzeczywistego stanu prawnego przedmiotu zamówienia oraz załączenie odzwierciadlającej 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 przepis 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 jakiejkolwiek dokumentacji, lecz takiej która jest kompletna i prawidłowa. Tym samym w ocenie Wykonawcy jako niedopuszczalne w świetle przywołanych powyżej przepisów należy potraktować tego rodzaju postanowienia umowne na podstawie których następuje próba przeniesienia odpowiedzialności za prawidłowość opisu przedmiotu zamówienia na Wykonawcę.

**Odpowiedź:**

Zamawiający pozostawia treść umowy bez zmian.

1. Wykonawca wnosi o zmianę zapisów Par. 11 ust. 2 pkt. 2) w taki sposób aby dać możliwość Wykonawcy fakturowania do wysokości 100% wartości umowy. Pozostawienie zapisu w obecnej postaci przerzuca ciężar finansowania 20% inwestycji na Wykonawcę. Do obowiązków Zamawiającego należy zapewnienie finansowania danego zadania oraz przepływu środków pieniężnych w ramach wykonywanej inwestycji. Naszym zdaniem wskazane w projekcie umowy zapisy dotyczące procedury odbiorowej, kary umowne oraz możliwość dochodzenia odszkodowania uzupełniającego są wystarczającym środkiem chroniącym interesy Zamawiającego.

**Odpowiedź:**

Zamawiający pozostawia treść umowy bez zmian.

1. Wykonawca wnosi o potwierdzenie, iż wymagania zawarte w Par.11 ust. 3 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:**

W § 8 Zamawiający szczegółowo opisał zakres oraz wymagania dotyczące umowy o podwykonawstwo robót budowlanych.

1. Wykonawca wnosi o wykreślenie z projektu umowy §12 ust. 4 części dotyczącej zabezpieczenia należytego wykonania. Naszym zdaniem wolą Zamawiającego nie jest mieszanie różnych podstaw prawnych należności Zamawiającego. W tym miejscu należy nadmienić, że wystarczającym zabezpieczeniem Zamawiającego jest potrącenie kar z wynagrodzenia Wykonawcy. Zabezpieczenie należytego wykonania umowy służy pokryciu kosztów związanych z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem Umowy a nie zaspokojeniu roszczeń z tyt. kar umownych.

**Odpowiedź:**

Zamawiający pozostawia treść umowy bez zmian.

1. Wykonawca wnosi o ograniczenie działania zapisu § 6 ust. 2 pkt. 2) oraz § 6 ust. 4 w taki sposób aby Wykonawca odpowiadał za zdarzenia co do których się przyczynił bądź za które ponosi odpowiedzialność. Zamawiający nie może przerzucać odpowiedzialności za działania strony trzeciej (np. inny Wykonawca) na którą Wykonawca nie ma wpływu ponieważ działa w ramach innych umów zawartych z Zamawiającym.

**Odpowiedź:**

Zamawiający pozostawia treść umowy bez zmian.

1. Wykonawca wnosi o wykreślenie z projektu umowy § 12 ust. 2

**Odpowiedź:**

Zamawiający pozostawia treść umowy bez zmian.

1. Wykonawca wnosi o zmianę zapisu § 7 ust. 3 oraz ust. 2 w taki sposób aby Wykonawca ponosił koszty badań co do których stwierdzono złe wyniki i za które Wykonawca ponosi odpowiedzialność. Zapis w obecnej postaci naraża Wykonawcę na ryzyko dodatkowych kosztów związanych wykonaniem badań wykraczających ponad badania ujęte w dokumentacji. Zapis w obecnej postaci nie zawiera rozróżnienia w jakich sytuacjach Zamawiający winien zlecić Wykonawcy wykonanie takich badań.

**Odpowiedź:**

Zamawiający pozostawia treść umowy bez zmian.

1. Wykonawca wnosi o wydłużenie terminów ujętych w § 9 ust. 13 oraz § 13 ust. 12 do odpowiednio:

- 5 dni roboczych dla przystąpienia do usuwania usterek i wad

- 14 dni roboczych na usunięcie usterek i wad.

Zapis w obecnej postaci zastrzega zbyt krótkie terminy nie dające możliwości Wykonawcy na dokonanie prawidłowego doboru oraz poprawnej mobilizacji ludzi i sprzętu.

**Odpowiedź:**

Zamawiający pozostawia treść umowy bez zmian.

Jednocześnie wyjaśnia, że zgodnie z § 9 ust. 10 (podczas odbioru robót) i zgodnie z § 13 ust. 11 (podczas przeglądu gwarancyjnego) - w protokole zostaje wyznaczony termin na usunięcie stwierdzonych wad.

1. Wykonawca wnosi aby terminy zakończenia wskazane w § 3 ust. 2 projektu umowy zostały określony poprzez wskazanie odpowiedniej ilości dni/tygodni od dnia podpisania umowy. Wykonawca przystępujący do postępowania powinien dysponować wiedzą na temat tego, jaką ilością dni będzie dysponował na realizację zamówienia. W związku z tym jako nieprawidłowe 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:**

Zamawiający pozostawia treść umowy bez zmian.

**Niniejsze pismo stanowi integralną część SIWZ i jest wiążące dla wszystkich Wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia.**

**Pismo zostało opublikowane na stronie internetowej** <http://bip.kobylnica.pl>, <https://cuwkobylnica.bip.gov.pl> **.**

Zastępca Dyrektora Centrum Usług Wspólnych w Kobylnicy Kierownik Działu Obsługi Technicznej

Zdzisław Lesiecki