

1. Wykonawca wnosi o zmianę wysokości kar umownych zastrzeżonych w §10 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 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 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 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 0,1% wartości kontraktu. 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 stwarzające nadmiernego ryzyka finansowego po stronie Wykonawcy.

Mając powyższe na względzie wnosimy o wprowadzenie limitu kar umownych wskazanych w § 10 ust. 1 do wysokości 20% wynagrodzenia umownego brutto. Ponadto wnosimy o zastrzeżenie kar umownych z tytułu uchybień określonych w § 10 ust. 1 pkt. 4) w wysokości 0,3% całkowitej ceny brutto za każde zdarzenie, w § 10 ust. 1 pkt. 1) w wysokości 0,05% całkowitej ceny brutto za każde zdarzenie, w § 10 ust. 1 pkt. 9) w wysokości 1,0% całkowitej ceny brutto za każde zdarzenie oraz w § 10 ust. 1 pkt 10) w wysokości 500 zł za każde zdarzenie.

Dodatkowo Wykonawca wnosi o obniżenie wysokości kar umownych z tytułu odstąpienia od Umowy zastrzeżonej w §10 ust. 1 pkt 3) do wysokości 10% wynagrodzenia Wykonawcy. W ocenie Wykonawcy określenie kary na pułapie 15% w wynagrodzenia brutto jest karą wygórowaną. Wykonawca uzasadnia wskazany wniosek powołując się na argumentację wskazaną powyżej

Odp.: Zamawiający nie przewiduje zmian zapisów w projekcie umowy.

2. Wykonawca wnosi o skrócenie terminów wskazanych w § 5 ust. 6, ust. 7, ust. 8 i ust. 10 do 7 dni. Wskazany 14 dniowy termin na wniesienie zastrzeżeń bądź sprzeciwu przez Zamawiającego spowalnia procedurę akceptacji umów Podwykonawczych co bezpośrednio przekłada się na termin rozpoczęcia przez nich prac w ramach wskazanej inwestycji

Odp.: Zamawiający nie przewiduje zmian zapisów w projekcie umowy.

3. Wykonawca wnosi o zmianę zapisów § 4 oraz § 4 ust. 2 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

Odp.: Zamawiający nie przewiduje fakturowania częściowego.

4. Wykonawca wnosi o zmianę zapisu § 1 ust. 4 pkt. 4) oraz §1 ust. 5, ust. 6, ust. 7 projektu umowy. 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 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 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. W tym miejscu należy wskazać, iż zapisy SIWZ Działu I „Opis przedmiotu zamówienia” oraz Działu XVIII „Opis sposobu obliczania ofert” w kontekście przytoczonych przepisów wzajemnie się wykluczają w sposobie traktowania przedmiaru.

Odp.: Zamawiający nie przewiduje zmian zapisów w projekcie umowy.

5. Wykonawca wnosi aby terminy wykonania wskazane § 2 ust. 1 i ust. 2 projektu umowy 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

Odp.: Zamawiający podtrzymuje termin zakończenia robót.

6. Wykonawca wnosi o potwierdzenie, iż wymagania zawarte w § 4 ust. 6 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.

Odp.: Zamawiający potwierdza, iż wymagania zawarte w Par. 4 ust. 6 dotyczą wyłącznie umowy podwykonawczej na wykonanie robót budowlanych.

7. Wykonawca wnosi o wyjaśnienie sposobu postępowania wskazanego w zapisie Rozdziału III SIWZ pkt. 8 w zdaniu dot. 20% ograniczenia wartości robót. Zdaniem wykonawcy zapis nie dotyczy opisu warunków udzielenia tych robót lecz ograniczenia ilości robót wymienionych w przedmiarze.

Odp.: Zamawiający przewiduje możliwość udzielenia zamówienia, o którym mowa w art. 67 ust.1 pkt 6 ustawy PZP w wysokości do 20% wartości zamówienia podstawowego.

8. Wykonawca wnosi o wykreślenie zapisu § 10 ust. 3, gdyż naszym zdaniem wskazane w projekcie umowy zapisy dotyczące procedury odbiorowej oraz kary umowne są wystarczającym środkiem chroniącym interesy Zamawiającego

Odp.: Zamawiający nie przewiduje zmian zapisów w projekcie umowy.

9. Wykonawca wnosi o zmianę zapisu § 12 ust. 3 pkt. 1) 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

Odp.: Zamawiający nie przewiduje zmian zapisów w projekcie umowy.