

Myszków, 29.06.2018

Numer sprawy: PZD/23/342/DP/ST/2018

*Wszyscy Wykonawcy*

**Dotyczy: „Przebudowa wiaduktu drogowego w ciągu drogi powiatowej nr 1715 S w km 0+887 n/l CMK w miejscowości Myszków (Nierada)”**

Zamawiający – Powiatowy Zarząd Dróg w Myszkowie z/s w Żarkach - działając na podstawie art. 38 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2017 r. poz. 1579, 2018) przekazuje pytania i wyjaśnienia treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: "siwz").

**Pytanie 1.**

Jako jedna z największych firm budowlanych na polskim rynku, zabiegamy o uczciwe i konkurencyjne warunki prowadzenia biznesu.

Mając na uwadze fakt, że inwestycje budowlane powinny przebiegać na zasadach umożliwiających ich wykonanie, oraz w oparciu o ideę zrównoważonych zamówień publicznych, zwracamy się do Państwa z uprzejmą prośbą o zwrócenie uwagi na warunki przetargów publikowanych przez Powiatowy Zarząd Dróg w Myszkowie z/s w Żarkach.

Zwracamy uwagę na kwestie związane z zastrzeżeniem przez Zamawiającego wysokości kar umownych, które w ww. postępowaniu zostały sformułowane w sposób powodujący powstanie po stronie Wykonawcy ryzyka, które w naszej ocenie może powodować zagrożenie dla działalności gospodarczej podmiotu realizującego to zadanie, a także doprowadzić do nieosiągnięcia zamierzonych celów zamówienia publicznego w zakresie czasu i kosztu realizacji.

Nasze wątpliwości budzi wprowadzone przez Zamawiającego postanowienie umowne zapłaty kary za: zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy, za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie rękojmi i gwarancji jakości oraz za spowodowanie przerwy w realizacji robót z przyczyn zależnych od wykonawcy. Wysokość tych kar zgodnie z § 16 ust. 2.1 pkt. a), b) oraz c) wzoru umowy wynosi **0,5 %** wynagrodzenia brutto za każdy dzień zwłoki. Oznacza to, że w praktyce kara ta już po 20 dniach zwłoki przekroczy 10% wynagrodzenia brutto. Dodatkowo zgodnie z § 16 ust. 2.1 pkt. e) Zamawiający określa wysokość kary za odstąpienie od umowy przez Zamawiającego lub Wykonawcę z winy Wykonawcy na poziomie **20%** wynagrodzenia brutto. Takie zdefiniowanie kary czyni ją rażąco wygórowaną w relacji do pozostałych, jak również do samej wartości zamówienia. Ponadto Zamawiający nie określa limitu kar umownych, tylko zgodnie z § 16 ust. 5 stosuje zapis „Jeżeli kary umowne nie pokryją szkód, Zamawiający zastrzega sobie prawo dochodzenia od Wykonawcy odszkodowania uzupełniającego, na zasadach ogólnych do wysokości poniesionej szkody rzeczywistej wraz z odsetkami”.

Podkreślenia wymaga fakt, że kara umowna z tytułu zwłoki w realizacji umowy w wysokości 10% wynagrodzenia brutto jest karą znaczną, zapewniającą w większości przypadków, Zamawiającemu możliwość naprawienia poniesionej przez niego szkody. 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. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 lipca 2015 r. sygn. akt: KI0/1519/15. 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 współzycia społecznego i skutkować winno bezwzględną niemożnością 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 przesłanego 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”.

Zwracamy uwagę, że w postanowieniach umów większości prowadzonych i realizowanych 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, a kary umowne za zwłokę w realizacji umowy, wynoszą od **0,01% do 0,1%** wartości kontraktu brutto 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, tj. do wysokości **10%** wartości kontraktu brutto.

W naszej ocenie 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 rynku firm budowlanych.

Wnosimy o uwzględnienie naszych postulatów w bieżącym postępowaniu oraz w kolejnych przetargach Zamawiającego i zmianę wysokości kar umownych na:

- za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy do wysokości **0,05%** wynagrodzenia brutto za każdy dzień zwłoki
- za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie rękojmi i gwarancji jakości do wysokości **0,05%** wynagrodzenia brutto za każdy dzień zwłoki
- za spowodowanie przerwy w realizacji robót z przyczyn zależnych od wykonawcy do wysokości **0,05%** wynagrodzenia brutto za każdy dzień przerwy
- za odstąpienie od umowy przez Zamawiającego lub Wykonawcę z winy Wykonawcy do wysokości **10%** wynagrodzenia brutto
- wprowadzenie limitu kar umownych do wysokości **10%** wynagrodzenia brutto.

Utrzymanie przez Zamawiającego kar na poziomie zawartym w postępowaniu przetargowym będzie musiało być uwzględnione w kalkulacji, co wpłynie na podniesienie wartości ofert składanych przez Wykonawców.

**Odpowiedź Zamawiającego:**

Zamawiający dokonuje zmiany wysokości kar umownych. Projekt Umowy – Załącznik nr 12 do SIWZ - po zmianach w załączeniu.

**Pytanie 2.**

BRANŻA MOSTOWA: Ani SIWZ ani Dokumentacja Projektowa nie precyzują czyją własnością pozostaje stal z rozbiórki balustrad i środkowego przęsła blachownicowego. Prosimy więc o wyjaśnienie, czyją własnością pozostaje stal z rozbiórki, Zamawiającego czy Wykonawcy?

**Odpowiedź Zamawiającego:**

Zgodnie poz. 1.10.3.1 kosztorysu ofertowego zdemontowane elementy stalowe należy przetransportować na złomowisko. Stal z rozbiórek jest własnością Wykonawcy.

**Pytanie 3.**

BRANŻA MOSTOWA I DROGOWA: Ani SIWZ ani Dokumentacja Projektowa nie precyzują czyją własnością pozostaje materiał z frezowania nawierzchni.  
Prosimy więc o wyjaśnienie, czyją własnością pozostaje frezowina, Zamawiającego czy Wykonawcy?

**Odpowiedź Zamawiającego:**

Cały materiał z frezowania jest własnością Wykonawcy.

**Pytanie 4.**

BRANŻA MOSTOWA: Prosimy o informację czy pozycja kosztorysowa 1.10.1.1 w ilości robót 210 m<sup>3</sup> uwzględnia rozbiórkę krawężników na wiadukcie? Jeśli nie, to której pozycji kosztorysowej należy uwzględnić rozbiórkę krawężników?

**Odpowiedź Zamawiającego:**

Tak, w pozycji 1.10.1.1 ujęto rozbiórkę wszystkich elementów betonowych, żelbetowych i kamiennych na wiadukcie, w tym krawężniki.

DYREKTOR  
Powiatowego Zarządu Dróg  
w Myszkowie  
mgr inż. Zbigniew Cesarz  
.....  
(podpis)