

# **POWIAT MALBORSKI**

**Pl. Słowiański 17**

**82-200 Malbork**

**NIP 579-22-52-374 REGON 192644731**

**(8)**

**NR sprawy OR.272.37.2019.II**

Malbork, dnia 20.09.2019r

## **Uczestnicy postępowania o zamówienie publiczne**

**Dotyczy przetargu nieograniczonego o nazwie:**

**Remont dróg powiatowych w powiecie malborskim w 2019r**

**Zadanie 1** Remont drogi powiatowej 2929G ( płyty ) - 0,57km odcinek Lasowice Wielkie - Szawałd

**Zadanie 2** Remont drogi Nr 2902G ( płyty ) do granicy z Gminą Malbork – ok. 900m

Zamawiający na podstawie art. 38 ust. 2 Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2018r., poz. 1986 z późn. zm.) informuje, o złożonych w dniu 17.09.2019r i 20.09.2019r pytaniach od wykonawcy dotyczące w/w postępowania.

### **ZESTAW 1**

#### **Pytanie 1**

Wykonawca wnosi o zmianę wysokości kar umownych zastrzeżonych w § 15 Umowy jak również wprowadzenie zmiany w wysokości limitu kar umownych. W ocenie Wykonawcy wysokość zastrzeżonych kar, jak również znaczna ilość zdarzeń podlegających karaniu, prowadzi do wniosku, że zastrzeżone przez Zamawiającego kary są 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. 353<sup>1</sup> 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 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 stwarzającą nadmiernego ryzyka finansowego po stronie Wykonawcy.

Mając powyższe na względzie wnosimy o zmniejszenie wysokości kar umownych wskazanych w § 15 ust. 2 pkt a) z tytułu przekroczenia terminu wykonania przedmiotu umowy do wysokości 0,1% wynagrodzenia umownego brutto za każdy dzień zwłoki. Wykonawca wnosi o zmniejszenie limitu kar umownych wskazanych w § 15 ust. 3 do wysokości 10% wynagrodzenia umownego brutto. Ponadto wnosimy o zastrzeżenie kar umownych z tytułu uchybień określonych w § 15 ust. 2 pkt. c), pkt. e), pkt. f) w wysokości 0,05% wynagrodzenia umownego brutto za każde zdarzenie, w § 15 ust. 2 pkt. b), w wysokości 0,1% wynagrodzenia umownego brutto za każde zdarzenie, w § 15 ust. 2 pkt. d), w wysokości 1.000 zł brutto za każde zdarzenie, w § 15 ust. 2 pkt. h), w wysokości 2% wynagrodzenia umownego brutto za każde zdarzenie, w § 15 ust. 2 pkt. i), w wysokości 2.000 zł za każde zdarzenie oraz w § 15 ust. 2 pkt. j), w wysokości 100 zł za każde zdarzenie .

Dodatkowo Wykonawca wnosi o obniżenie wysokości kar umownych z tytułu odstąpienia od Umowy zastrzeżonej w § 15 ust. 2 pkt g) do wysokości 10% wynagrodzenia Wykonawcy. W ocenie Wykonawcy określenie kary na pułapie 20% w wynagrodzenia brutto jest karą wygórowaną. Wykonawca uzasadnia wskazany wniosek powołując się na argumentację wskazaną powyżej.

### **Odpowiedz 1**

**Zamawiający podtrzymuje zapisy Załącznika nr 3 Projekt umowy w § 15 ust. 2. Specyfikacji istotnych warunków zamówienia odnoszące się do wysokości kar umownych.**

### **Pytanie 2**

Wykonawca wnosi o zastąpienie słowa „opóźnienie” słowem „zwłoka” w odniesieniu do zapisów Par. 15 ust. 2 pkt. e) oraz Par. 15 ust. 6. Zapis w zaproponowanej formie przesuwają na Wykonawcę odpowiedzialność za okoliczności na które wykonawca nie miał wpływu.

### **Odpowiedz 2**

**Zamawiający zastępuje słowo „opóźnienie” słowem „zwłoka” w odniesieniu do zapisów Załącznika nr 3 Projekt umowy w Par. 15 ust. 2 pkt. e) oraz Par. 15 ust. 6 Specyfikacji istotnych warunków zamówienia.**

### **Pytanie 3**

Wykonawca wnosi o zmianę zapisu Projektu Umowy §. 8 ust. 3 w taki sposób aby odpowiedzialność wykonawcy była ograniczona do dokumentacji z jaką wykonawca był w stanie się zapoznać podczas prowadzonego postępowania przetargowego. Wykonawca podczas wykonania obowiązków umownych nie powinien być dodatkowo obciążony całością ryzyka oraz odpowiedzialnością za właściwe rozpoznanie przedmiotu zamówienia. W tym miejscu należy nadmienić, iż wizja lokalna wskazana w §. 4 ust. 2 pkt. a) nie należy do obowiązków wykonawcy. Nie właściwym wydaje się przy obecnym zapisie fakt przenoszenia całości ryzyka związanego z wykonaniem zdania na Wykonawcę.

### **Odpowiedz 3**

**Zamawiający podtrzymuje zapisy Załącznika nr 3 Projekt umowy w §. 4 ust. 2 pkt. a) Specyfikacji istotnych warunków zamówienia.**

### **Pytanie 4**

Wykonawca wnosi o wykreślenie z projektu umowy § 15 ust. 7 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.

### **Odpowiedz 4**

**Zamawiający podtrzymuje zapisy Załącznik nr 3 Projekt umowy §15 ust. 7 Specyfikacji istotnych warunków zamówienia.**

### **Pytanie 5**

Wykonawca wnosi o zmianę zapisu § 9 a zwłaszcza § 9 ust. 1 ust. a) w taki sposób aby dać możliwości Wykonawcy fakturowania do wysokości 100% wartości kontraktu brutto. Zapis w obecnej postaci przerzuca konieczność finansowania 10% inwestycji na Wykonawcę. Do obowiązków Zamawiającego należy zapewnienie finansowania danego zadania oraz sprawowanie pieczy nad właściwym przepływem środków pieniężnych w ramach niniejszej inwestycji w taki sposób aby wykonawca nie ponosił dodatkowych kosztów z tym związanych. Ponadto zatrzymanie przez Zamawiającego 10% wynagrodzenia na poczet bezusterkowego odbioru końcowego jest zbyt daleko idącym zabezpieczeniem interesów Zamawiającego.

### **Odpowiedz 5**

**Zamawiający podtrzymuje zapisy Załącznik nr 3 Projekt umowy § 9 a zwłaszcza § 9 ust. 1 ust. a Specyfikacji istotnych warunków zamówienia.**

### **Pytanie 6**

Wykonawca wnosi o potwierdzenie, iż wymagania zawarte w Par. 9 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.

### **Odpowiedz 6**

**Zamawiający informuje, że zapis Załącznik nr 3 Projekt umowy § 9 ust. 3 dotyczy tylko podwykonawców wykonujących roboty budowlane, zgłoszonych zgodnie z przepisem art. 647<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego.**

### **Pytanie 7**

Wykonawca wnosi aby termin wykonania wskazany w § 2 ust. 1 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/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.

**Odpowiedz 7**

**Zamawiający podtrzymuje zapisy Załącznik nr 3 Projekt umowy § 2 ust. 1 Specyfikacji istotnych warunków zamówienia.**

**ZESTAW 2**

**Pytanie 1**

Czy Zamawiający potwierdza, zgodnie z pkt. 2.4.5. SIWZ, że nie dopuszcza składania ofert częściowych?

**Odpowiedz 1**

**Zamawiający modyfikuje treść pkt 2.4.5. Specyfikacji istotnych warunków zamówienia, który otrzymuje brzmienie:**

*„Zamawiający **dopuszcza** możliwość składania ofert częściowych”.*

**Pytanie 2**

Jeżeli Zamawiający dopuszcza składanie ofert częściowych proszę o odpowiedź na następujące pytanie: Czy wykonawca składający ofertę na oba zadania powinien złożyć 2 osobne oferty w dwóch kopertach, czy też 2 oferty w 1 kopercie?

**Odpowiedz 2**

**Wykonawca winien złożyć ofertę na każde zadanie osobno.**

**Uwaga:** Zgodnie z pkt 8.1.2 Specyfikacji istotnych warunków zamówienia każda ze stron niezwłocznie potwierdza fakt otrzymania oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz innych informacji przekazanych za pomocą faksu lub pocztą elektroniczną.

Otrzymują:

- Adresat
- a/a

Sporządziła: M. Serzysko

Z up. STAROSTY  
  
Karol Marcin Gumprecht  
DYREKTOR WYDZIAŁU  
Infrastruktury i Inwestycji