

Dotyczy: Przebudowa drogi gminnej nr 74 Kowalewo – Kosiny Bartosowe

1. Prosimy o wskazanie prawidłowego terminu zakończenia inwestycji:

Zgodnie z dokumentacją SWZ jest:

Pkt. IV SWZ: Wykonanie robót budowlanych – dwa miesiące od dnia podpisania umowy, nie później niż 31 października 2022r.

Natomiast zgodnie z §3 pkt.1 wzoru umowy – termin realizacji zadania: 11 miesięcy od dnia podpisania umowy.

2. Prosimy o potwierdzenie, że w ramach przedmiotowego postępowania po stronie Wykonawcy jest opracowanie dokumentacji projektowej i uzyskanie decyzji ZRID, realizacja robót budowlanych oraz uzyskanie pozwolenia na użytkowanie.
3. Prosimy o wskazanie terminów pośrednich dla części projektowej i uzyskania decyzji ZRID, terminu realizacji robót oraz terminu uzyskania pozwolenia na użytkowanie.
4. W pkt. 1.4 PFU Zamawiający wskazał, że geotechniczne warunki posadowienia obiektu ustalono w oparciu o:
 - analizę danych archiwalnych,
 - obserwacji geodezyjnej zachowania się obiektów sąsiednich
 - wykopów sondażowych i analizy makroskopowej podłoża w otoczeniu drogi

W związku z powyższym prosimy o potwierdzenie, że Zamawiający nie dysponuje dokumentacją geotechniczną dla przedmiotowego przedsięwzięcia oraz wykonanie badań geotechnicznych i opracowanie wyników z badań nie jest wymagane przez Wykonawcę.

5. Prosimy o potwierdzenie, że Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za określony przez Zamawiającego parametr geotechniczny podłoża i dobór konstrukcji nawierzchni. Prosimy o jednoznaczne potwierdzenie, że zgodnie z zapisami PFU na całej długości odcinka grupa nośności podłoża jest G1.

6. Prosimy o zmianę zapisów wzoru umowy § 18 pkt 3-4

Wykonawca informuje, że art. 647 Kodeksu Cywilnego stanowi o zobowiązaniu wykonawcy do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej a inwestor zobowiązuje się do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia. Wystąpienie usterek bądź wad w robotach w żadnym wypadku nie wpływa na niemożność podpisania protokołu i odbioru robót z jednoczesnym zobowiązaniem do usunięcia w uzgodnionym terminie. Powyższą kwestię rozstrzygnął Sąd Najwyższy (wyrok z dnia 22 czerwca 2007r. V CSK 99/2007) który stwierdził, iż ujawnienie wad robót budowlanych nie wpływa na obowiązek inwestora dokonania odbioru robót zgodnie z art. 647 k.c., a z tą chwilą inwestor nabywa uprawnienia z tytułu rękojmi przewidziane w art. 637 i art. 638 k.c.

2. Wykonawca wnosi o zmianę postanowień § 10 ust. 1 pkt 6-9 Umowy, w zakresie sposobu zastrzeżenia kar umownych, w ten sposób aby ich wartość obliczana była przy uwzględnieniu wysokości wynagrodzenia należnego podwykonawcy, a nie Generalnemu Wykonawcy. Zastrzeżenie kar umownych w sposób określony w § 10 Umowy, powoduje, że kary umowne nie będą powiązane z zobowiązaniem którego niewykonanie powodować będzie naliczenie kar. Z tych też względów, w projektach umów na wykonanie zamówienia publicznego, kary za naruszenie obowiązków dotyczących podwykonawców, obliczane są od wartości wynagrodzenia przysługującego Podwykonawcy a nie Generalnemu Wykonawcy. Dodatkowo podkreślenia wymaga, że zastrzeżenie kar w sposób określony przez Zamawiającego powodować będzie, że kary te będą rażąco wygórowane. Na tym etapie nie jest oczywiście wiadoma wartość wynagrodzenia jaka będzie przysługiwać Generalnemu Wykonawcy, biorąc jednak pod uwagę wartość kosztorysu Zamawiającego, będzie to wartość około 32 mln złotych. Tym samym jednorazowa kara umowna z tytułu braku przedłożenia do zaakceptowania projektu umowy o PW lub jej zmiany, której przedmiotem są roboty budowlane może wynosić nawet 960 000,00 zł (3% z kwoty 32 mln zł) Taka wysokość kar umownych na pewno może zostać uznana jako rażąco wygórowana. W tym względzie, wskazać należy, że w wyroku z dnia 14 sierpnia 2014 r., I ACa 351/14, Sąd Apelacyjny w Katowicach zwrócił uwagę, że „Pojęcie rażącego wygórowania kary umownej jest zwrotem niedookreślonym, brak jednoznacznego wskazania kryteriów rozstrzygających o nadmiernej wysokości kary ma na celu uelastycznienie stosowania konstrukcji miarkowania. Sąd ma zatem możliwość dostosowania przyjętych kryteriów oceny do występujących postanowień kontraktowych dotyczących kary umownej, do okoliczności faktycznych i skutków niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Rażąco wygórowana kara umowna to zarówno sytuacja, gdy zachwiana zostanie relacja pomiędzy wysokością wynagrodzenia za wykonanie zobowiązania a

wysokością kary umownej zastrzeżonej za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy, z uwzględnieniem okresu opóźnienia, jak i wtedy (co jest zasadniczym kryterium miarkowania kary umownej z uwagi na jej rażące wygórowanie), gdy zachwiany został stosunek wysokości zastrzeżonej kary umownej do wysokości doznawanej szkody (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 września 2007 r., V CSK 139/07 oraz uchwałę składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2003 r., III CZP 61/03). Kara umowna jest bowiem surogatem odszkodowania, zastrzeżonym w określonej wysokości i nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 września 2010 r., V ACa 267/10).

Ponadto wśród kryteriów miarkowania wskazuje się takie elementy, jak: zakres i czas trwania naruszenia przez dłużnika powinności kontraktowych; wagę naruszonych postanowień kontraktowych (obowiązki główne, obowiązki uboczne); zagrożenie dalszymi naruszeniami powinności kontraktowych (zwłaszcza w razie powiązania kary umownej z obowiązkiem zaniechania określonych działań przez dłużnika); zgodny zamiar stron w zakresie ustalenia celu zastrzeżenia kary umownej w określonej wysokości (np. uwypuklenie przez strony funkcji represyjnej).

Biorąc pod uwagę powyższe stwierdzić należy, że określenie kar umownych na pułapie wskazanym przez Zamawiającego, w sposób ewidentny powodować będzie nieuzasadnione wzbogacenie wierzyciela - Inwestora. Podkreślenia bowiem wymaga, że biorąc pod uwagę rodzaj naruszeń GW, Zamawiający nie dozna szkody, a nawet w przypadku możliwości potencjalnego zagrożenia jej poniesienia (zgłoszenie przez podwykonawcę roszczeń o bezpośrednią zapłatę), będzie mógł dokonać takiej zapłaty i potrącić kwotę wypłaconego wynagrodzenia z wynagrodzenie przysługującego GW. Brak szkody jak wskazane zostało powyżej jest jednym z najsilniejszych czynników, które powinny być brane przy ocenie czy kara umowna jest rażąco wygórowana. Brak możliwości wystąpienia szkody po stronie Zamawiającego i sprowadzenie kar umownych do roli wyłącznie stymulacyjnej, powinno powodować określenie jej na zdecydowanie niższym pułapie, niż tym wskazanym przez Zamawiającego.

7. Po stronie Wykonawcy powstały uzasadnione wątpliwości odnośnie postanowień ujętych w §21 ust. 1 pkt 1,2,4,7, wzoru umowy.

W pierwszym rzędzie wskazać należy, że określenie kary umownej za zwłokę w wykonaniu robót w wysokości 0,5 % wynagrodzenia brutto za każdy dzień zwłoki, oznacza, że już kilkunastodniowe zwłoka w realizacji robót spowoduje naliczenie kar umownych w wysokości kilkunastu procent wynagrodzenia Wykonawcy brutto, co w ocenie Wykonawcy jest sankcją zbyt dotkliwą i nie adekwatną do sytuacji.

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. 16 ustawy z dnia 11 września 2019 r. prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2021 roku, poz. 1129, 1598, 2054, 2269, z 2022 r. poz. 25, 872, 1079.), które może być uzasadnioną podstawą do żądania unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie art. 255 ust. 6 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 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 - 20% wartości kontraktu brutto, a kary umowne za zwłokę w realizacji umowy, wynoszą od 0,01% do 0,1% wartości kontraktu brutto. 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 20% wartości kontraktu brutto. 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 z tytułu przekroczenia terminu realizacji do wysokości 0,1% wynagrodzenia brutto za każdy dzień zwłoki oraz pozostałych kar określonych w §. 10 ust. 1 pkt 1,2,4,7 do tego samej wysokości. Ponadto Wykonawca wnosi o zmniejszenie wartości łącznej limitu kar do poziomu 20% -

§ 21 pkt. 3 oraz pkt. 6.

Nakładany na Wykonawcę przez Zamawiającego obowiązek oszacowania ryzyk odnośnie tak wysokich kar umownych prowadzi do zwiększenia ceny ofertowej nawet dwukrotnie od faktycznej wartości robót budowlanych.

Z poważaniem,

GMINA WIŚNIEWO
06-521 WIŚNIEWO
pow. mławski, woj. mazowieckie
Tel. (23) 6557024 Fax. (23) 6557227
e-mail: ugwisniewo@ugwisniewo.pl

Wiśniewo 25.11.2022

Szanowni Państwo,

W nawiązaniu do Państwa pisma z dnia 23.11.2022 r., odpowiadamy według kolejności zadanych przez Państwa pytań;

1. Prawidłowy termin realizacji inwestycji to 11 miesięcy od dnia podpisania umowy.
2. Zadaniem Wykonawcy jest opracowanie dokumentacji projektowej i uzyskanie decyzji ZRID, realizacja robót budowlanych oraz uzyskanie pozwolenia na użytkowanie. Zamawiający w trakcie realizacji na podstawie przesłanej przez Wykonawcę linii rozgraniczającej teren (granica pasa drogowego) dokona na własny koszt podziału działek. Zamawiający dysponuje również prawomocną decyzją środowiskową dla drogi gminnej nr G231008W. Na drogę gminną nr G231028W. Zamawiający jest w trakcie wydawania decyzji środowiskowej. Zamawiający przekaze inwestorowi mapy do celów projektowych sporządzone w roku 2022 na obydwie zadania(w formie papierowej i DXF).
3. Terminy pośrednie zostaną zatwierdzone przez Zamawiającego na podstawie harmonogramu przedstawionego przez wybranego w drodze przetargu Wykonawcę.
4. Zamawiający nie dysponuje dokumentacją geotechniczną , na całej długości występują grunty G1.
5. Zamawiający potwierdza, że Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności za określony przez zamawiającego parametr geotechniczny podłoża. Wykonawca, zaprojektuje konstrukcję jezdni zgodną z przekrojami normalnym zawartymi w opracowanym PFU.
6. Roboty budowlane powinny zostać wykonane zgodnie ze specyfikacją techniczną, stąd punkty 3 i 4 nie zostaną usunięte z treści umowy.
7. Zamawiający zgadza się na zmniejszenie kar umownych do 0,1% oraz zmniejszy wartość łączny limitu kar do 20%.

Z poważaniem,

WOJT
mgr Grzegorz Woźniak