

Znak: Zp .271.14.2012

Dotyczy: Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na przebudowę systemu zaopatrzenia w ciepło miasta Złoczew wraz z sieciami cieplnymi i węzłami z zastosowaniem odnawialnych źródeł energii

Poniżej podaję odpowiedź na następujące pytanie:

PYTANIE - kary umowne

Zamawiający zawarł w projekcie umowy warunki naliczania kar umownych, które są jednocześnie wygórowane, a do tego nierówne dla Zamawiającego i Wykonawcy

§ 11

1.Strony uzgodniły, iż w przypadku nie wykonania lub nienależytego wykonania przedmiotu umowy, będą naliczane kary umowne. Podstawą naliczenia będzie umowna wartość brutto całkowitego wynagrodzenia Wykonawcy za wykonanie przedmiotu umowy.

2.Wykonawca zobowiązuje się zapłacić Zamawiającemu kary umowne:

a/ za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy, o którym mowa w § 1 ust. 1 lit a, w wysokości 7 tysięcy złotych za każdy dzień opóźnienia, jednakże nie więcej niż 4% całkowitego wynagrodzenia wykonawcy,

b/ za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy, o którym mowa w § 1 ust. 1 lit b, w wysokości 20 tysięcy złotych, za każdy dzień opóźnienia, jednakże nie więcej niż 10% całkowitego wynagrodzenia wykonawcy,

c/ za opóźnienie w usunięciu wad stwierdzonych w przedmiocie umowy przy odbiorze lub w okresie rękojmi i gwarancji w wysokości 10 tysięcy złotych, za każdy dzień opóźnienia, jednakże nie więcej niż 10% całkowitego wynagrodzenia wykonawcy, za każdy dzień opóźnienia, liczony od dnia następnego po upływie terminu do ich usunięcia przewidzianego w protokole zawierającym wykaz usterek oraz termin ich usunięcia.

d/ za brak technicznej możliwości dostarczania ciepła do odbiorców w sezonie grzewczym – w wysokości 20 tysięcy złotych za każdy dzień opóźnienia, jednakże nie więcej niż 10% całkowitego wynagrodzenia wykonawcy,

e/ z tytułu odstąpienia od umowy w całości lub w części przez Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, w wysokości 10% całkowitego wynagrodzenia wykonawcy.

3. Zamawiający zapłaci Wykonawcy odsetki ustawowe za każdy dzień opóźnienia zapłaty faktury, z zastrzeżeniem § 1 ust. 11.

4. Jeżeli kara umowna nie pokrywa poniesionej szkody, Strony zastrzegają sobie prawo do dochodzenia odszkodowania uzupełniającego do rzeczywistej wysokości poniesionej szkody.

Wnosimy o zmianę powyższych zapisów poprzez:

- zmianę ustępu 2 a) b) c) poprzez wskazanie adekwatnych wysokości kar umownych za zwłokę i górnych limitów kar
- oraz zmianę określenia sposobu naliczenia kar umownych – za każdy dzień **zwłoki** (czyli jedynie z przyczyn, za które odpowiedzialność ponosi Wykonawca), a nie **opóźnienia**.
- dodanie ustępu 4 który określi zasady i wysokości kar umownych, które zapłaci Zamawiający Wykonawcy

Wykonawca podnosi, iż kary umowne ustalone przez zamawiającego określić należy jako wygórowane. Naliczanie kar umownych w takich wysokościach może całkowicie pozbawić wykonawcę zysku z realizacji zamówienia i narazić go na poważną stratę. Nadto, taka wysokość kar umownych jest całkowicie nieadekwatna do ewentualnej szkody, jaka może powstać po stronie zamawiającego. Wykonawca podnosi, iż stosownie do treści wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 14.12.2005r. (I ACa 1114/2005), miernikiem, który pozwala ocenić czy kara umowna jest rażąco wygórowana może być rozmiar szkody doznanej przez wierzyciela. Mając na uwadze powyższe, stwierdzić należy, iż przyjęty przez zamawiającego sposób naliczania kary umownej, w praktyce może doprowadzać do naliczania niewspółmiernie wysokich i nieadekwatnych do rzeczywiście poniesionej szkód, kar umownych.

Niezależnie od powyższego, określenie rażąco wysokiej kary umownej jest sprzeczne z treścią art. 484 § 1 kc, która określa karę umowną jako surogat odszkodowania. W sytuacji zastrzeżenia kary umownej przekraczającej wielokrotnie wartość szkody, kara umowna traci swój charakter odszkodowawczy, a zyskuje przymiot nieuzasadnionego zysku wierzyciela, W tym duchu wypowiedział się Sąd Najwyższy w składzie Izby Cywilnej i Administracyjnej z dnia 17.03.1988r. (IV CR 58/99): „Kara umowna - jako rażąco wygórowana - powinna ulec zmniejszeniu w stopniu dostosowanym do tej dysproporcji. W przeciwnym razie kara umowna, tracąc charakter surogatu odszkodowania, prowadziłaby do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela”

Dlatego wnosimy o zmianę zapisów Par. 11 wzoru umowy w sposób następujący:

§ 11

1.Strony uzgodniły, iż w przypadku nie wykonania lub nienależytego wykonania przedmiotu umowy, będą naliczane kary umowne. Podstawą naliczenia będzie umowna wartość brutto całkowitego wynagrodzenia Wykonawcy za wykonanie przedmiotu umowy.

2.Wykonawca zobowiązuje się zapłacić Zamawiającemu kary umowne:

a/ za **zwłokę** w wykonaniu przedmiotu umowy, o którym mowa w § 1 ust. 1 lit a, w wysokości **pięciu tysięcy** złotych za każdy dzień **zwłoki**, jednakże nie więcej niż **2%** całkowitego wynagrodzenia wykonawcy,

b/ za **zwłokę** w wykonaniu przedmiotu umowy, o którym mowa w § 1 ust. 1 lit b, w wysokości **dziesięciu tysięcy** złotych, za każdy dzień **zwłoki**, jednakże nie więcej niż **10%** całkowitego wynagrodzenia wykonawcy,

c/ za **zwłokę** w usunięciu wad stwierdzonych w przedmiocie umowy przy odbiorze lub w okresie rękojmi i gwarancji w wysokości **pięciu tysięcy** złotych, za każdy dzień **zwłoki**, jednakże nie więcej niż **5%** całkowitego wynagrodzenia wykonawcy, za każdy dzień **zwłoki**, liczony od dnia następnego po upływie terminu do ich usunięcia przewidzianego w protokole zawierającym wykaz usterek oraz termin ich usunięcia.

d/ za brak technicznej możliwości dostarczania ciepła do odbiorców w sezonie grzewczym – w wysokości **20 tysięcy** złotych za każdy dzień **zwłoki**, jednakże nie więcej niż **10%** całkowitego wynagrodzenia wykonawcy,

e/ z tytułu odstąpienia od umowy w całości lub w części przez Zamawiającego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, w wysokości **10%** całkowitego wynagrodzenia wykonawcy.

3.Zamawiający zapłaci Wykonawcy odsetki ustawowe za każdy dzień opóźnienia zapłaty faktury, z zastrzeżeniem § 1 ust. 11.

4. Zamawiający zapłaci Wykonawcy kare umowną

a) za odstąpienie od umowy wskutek okoliczności za które odpowiada Zamawiający z wyłączeniem tych o których mowa w art. 145 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2010 r. Nr. 113, poz. 759 ze zm.) w wysokości **10%** wynagrodzenia umownego za całość zamówienia.

b) za **zwłokę** w przeprowadzeniu odbioru w wysokości **0,1%** wartości umowy za każdy dzień **zwłoki** licząc od następnego dnia po terminie w którym odbiór miał być zakończony

5.Jeżeli kara umowna nie pokrywa poniesionej szkody, Strony zastrzegają sobie prawo

do dochodzenia odszkodowania uzupełniającego do rzeczywistej wysokości poniesionej szkody.

Odpowiedź

Zamawiający nie zgadza się ze stanowiskiem wykonawcy, iż kary przewidziane w projekcie umowy są wygórowane. W każdym z przywołanych przez wykonawcę w pytaniu przypadków wysokość kary umownej ograniczona jest do 4% lub 10% wynagrodzenia brutto. Jest to wartość powszechnie stosowana w umowach na roboty budowlane zarówno w sektorze publicznym, jak i prywatnym. Ponadto zamawiający zwraca uwagę, iż w przypadku niedotrzymania terminu wykonania przedmiotu zamówienia, zamawiający ponosi ryzyko zwrotu dotacji pozyskanej od Wojewódzkiego Funduszu Ochrony Środowiska w Łodzi w wysokości 7.200.000,00 zł. wraz z dodatkowymi kosztami, tym samym potencjalna szkoda, którą może ponieść zamawiający jest znacznie wyższa niż ewentualne kary umowne przewidziane w projekcie umowy.

Biorąc pod uwagę wysokość potencjalnych start zamawiający oczekuje od wykonawcy takiego zarządzania kontraktem pozyskanym na podstawie przedmiotowego zamówienia publicznego, aby przedmiot umowy został wykonany zgodnie z terminami zawartym w SIWZ, uwzględniania w wycenie wszelkich ryzyk ponoszonych przez wykonawcę w związku z realizacją przedmiotu zamówienia oraz podtrzymuje obecne zapisy projektu umowy.