

Znak sprawy: ZP.271.11.2021

### Wszyscy Wykonawcy

Dotyczy postępowania pn.: **„Przebudowa wiaduktu drogowego w ciągu ul. Krakowskiej w Boguszowie-Gorcach.”**

Zamawiający działając na podstawie art. 284 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2021r. poz. 1129 ze zm.) udziela odpowiedzi na pytania.

#### Pytanie 1

Zgodnie z zapisami SWZ pkt. 4.4 wykonawca powinien się wykazać kierownikiem budowy posiadającym uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności konstrukcyjno-budowlanej bez ograniczeń. W związku z tym, że przedmiot zamówienia dotyczy przebudowy wiaduktu Wykonawca wnosi o zmianę zapisu na następujący: *wykonawca powinien się wykazać kierownikiem budowy posiadającym uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi w specjalności mostowej bez ograniczeń.*

#### Odpowiedź 1

Z uwagi na zakres prac Zamawiający nie przewiduje zmiany SWZ w tym zakresie.

#### Pytanie 2

Zgodnie z zapisami umowy § 17, Zamawiający zdefiniował szeroki wachlarz kar umownych oraz wprowadził limitu kar umownych na poziomie 20%. ust. 2: „Wykonawca zapłaci kary umowne Zamawiającemu:

2.9) za zwłokę w wykonaniu Umowy – w wysokości 0,5% wynagrodzenia umownego netto określonego w § 9 ust. 1 niniejszej Umowy, za każdy dzień zwłoki, licząc od upływu ustalonego w § 3 terminu wykonania Umowy,

2.10) za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie Gwarancji – w wysokości 0,5% wynagrodzenia umownego netto określonego w § 9 ust. 1 niniejszej Umowy za każdy dzień zwłoki, licząc od upływu ustalonego terminu usunięcia wad” oraz ust. 6:

„Łączna maksymalna wysokość kar umownych, których mogą dochodzić Strony Umowy nie może przekroczyć 20% wynagrodzenia umownego brutto określonego w § 9 ust. 1 Umowy zgodnie z art. 436 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.”

Takie zdefiniowanie kar oraz limit kar umownych na poziomie 40% czyni je rażąco wygórowanymi w stosunku do całej wartości zamówienia i w związku z tym powoduje powstanie po stronie Wykonawcy ryzyka, które może powodować podniesienie wartości składanej oferty.

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: 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 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 kary umowne za zwłokę w realizacji umowy, określane są procentowo oraz wynoszą od 0,01% do 0,1% wynagrodzenia netto 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% wynagrodzenia netto. Wnosimy zatem o uwzględnienie naszych postulatów w bieżącym postępowaniu, zmianę kar umownych z kwotowo na procentowo oraz o wprowadzenie limitu kar umownych. ust. 2: „Wykonawca zapłaci kary umowne Zamawiającemu:

2.9) za zwłokę w wykonaniu Umowy – w wysokości 0,05% wynagrodzenia umownego netto określonego w § 9 ust. 1 niniejszej Umowy, za każdy dzień zwłoki, licząc od upływu ustalonego w § 3 terminu wykonania Umowy,

2.10) za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie Gwarancji – w wysokości 0,05% wynagrodzenia umownego netto określonego w § 9 ust. 1 niniejszej Umowy za każdy dzień zwłoki, licząc od upływu ustalonego terminu usunięcia wad” oraz ust. 6:

„Łączna maksymalna wysokość kar umownych, których mogą dochodzić Strony Umowy nie może przekroczyć 10% wynagrodzenia umownego brutto określonego w § 9 ust. 1 Umowy zgodnie z art. 436 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.”

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

## Odpowiedź 2

Zdaniem Zamawiającego wysokość kar przewidzianych w przedmiotowej umowie jest adekwatna do przedmiotu zamówienia i nie można uznać ich za rażąco wysokie. Zamawiający nie zmienia zapisów przedmiotowej umowy.

Z-ca Burmistrza Miasta  
Bogusława Gorc  
*Witold*  
Agnieszka Więckiewicz

Sporz.

A. Wojtczak

