

GMINA KOŁBASKOWO
Kołbaskowo 106
72-001 Kołbaskowo
tel. 91 311-95-10
NIP 8512908333, Regon 811685450

Kołbaskowo, dn. 09.06.2021 r.

Wszyscy Wykonawcy**Odpowiedź na zestaw pytań Nr 10 złożony w dniu 31.05.2021 r.**

Dot. postępowania przetargowego pn.: „**Budowa drogi gminnej łączącej drogę krajową nr 13 w Przecławiu z projektowaną obwodnicą Przecławia i Warzymic**”

Pytanie nr 1:

W §12 ust. 1 pkt 7,8 i 10 Umowy, Zamawiający przewidział karę umowną w wysokości 3% wynagrodzenia umownego brutto, o którym mowa w § 9 ust. 1 Umowy, za każde wskazane tam zdarzenie, w tym polegające na uchybieniu w przedłożeniu projektu umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany a także jej kopii. Wskazujemy, że przewidziane §12 ust. 1 pkt 7,8 i 10 Umowy stawki kary umownej są stawkami nierynkowymi i rażąco wygórowanymi, pozostając w oderwaniu od okoliczności poniesienia jakiegokolwiek szkody z tego tytułu przez Zamawiającego oraz wagi naruszenia. W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 21 czerwca 2002 r., V CKN 1075/00, Sąd przyjął, że „o tym, czy kara umowna jest wygórowana, świadczyć może przede wszystkim porównanie jej wysokości z ewentualną szkodą jaką poniósł pozwany, któremu ta kara przypada”. Kara umowna, jako rażąco wygórowana, powinna więc ulec zmniejszeniu w stopniu dostosowanym do tej dysproporcji. W przeciwnym razie kara umowna - tracąc charakter surogatu odszkodowania (art. 483 par. 2 k.c.) - prowadziłaby do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela (tak wyrok SN z dnia 17 marca 1988 r., IV CR 58/88). 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”. Również warto powołać się w tym względzie na stanowisko KIO wyrażone w wyroku z dnia 28 grudnia 2018 r., KIO 2574/18: „Wysokość kary pieniężnej za spóźnienie w realizacji usługi nie może prowadzić do rażąco wygórowanej odpowiedzialności kontraktowej wykonawcy. W przeciwnym razie kara zmienia swój charakter odszkodowawczy i może doprowadzić do wypaczenia celu odpłatnej umowy. Nie można akceptować takich mechanizmów, które pozbawią wykonawcy przychodu z tytułu świadczonej usługi. Kara umowna powinna mieć wysokość, która będzie odczuwalna w stopniu dyscyplinującym stronę umowy, ale nie w stopniu prowadzącym do rażącego wzbogacenia jednej strony kosztem drugiej, a wręcz czyniącym niecelowym jej wykonywanie”. O niedopuszczalności zastrzeżenia we wzorcu umownym możliwości naliczenia kary umownej rażąco wygórowanej stanowi również wyrok KIO z dnia 4 września 2018 r., KIO 1601/18. Powyższe stanowi potwierdzenie ugruntowanego stanowiska orzecznictwa sądowego, zgodnie z którym niedopuszczalna jest kara umowna, jaka - tracąc charakter surogatu odszkodowania (art. 483 par. 2 k.c.) - prowadziłaby do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela (tak m.in. wyrok SN z dnia 17 marca 1988 r., IV CR 58/88). Wskazujemy tym samym, że dotycząca umów o podobnej wartości rynkowa wartość kar umownych za niewykonanie przedmiotowych obowiązków wynosi maksymalnie 25.000 zł za zdarzenie, przy czym tak wysoka stawka obowiązuje na kontraktach realizowanych przez Skarb Państwa – Generalną Dyрекcję Dróg Krajowych i Autostrad, które to zamówienia przewyższają swoją wartością przedmiotowe postępowanie w sposób co najmniej kilku-, kilkunasto- lub kilkudziesięciokrotny. W ocenie Wykonawcy, takie określenie rażąco wygórowanej stawki kary umownej stanowi naruszenie zasady swobody umów określonej w art. 353(1) k.c. w zw. z art. 483 par. 1 k.c., a w szczególności poprzez naruszenie zasady uczciwości kupieckiej oraz właściwości i celu kary umownej. Nadto, określenie kary umownej w wysokości 3% wartości brutto wynagrodzenia, stanowi również naruszenie zasady proporcjonalności, o której mowa w art. 16 pkt 3 p.z.p., a która nakazuje Zamawiającemu przygotowanie zamówienia w sposób proporcjonalny. Proporcjonalność oznacza w szczególności nakaz przygotowanie zamówienia poprzez określenie dotyczących go właściwości w sposób obiektywny, nienadmierny, podyktowany specyfiką zamówienia, jego zakresem, stopniem złożoności.

Określenie kary umownej powinno być zatem adekwatne do osiągnięcia celu oraz rodzaju i stopnia uchybienia, a nie pozostawać w oderwaniu od niego. Mając to na względzie, wnosimy o zmianę §12 ust. 1 pkt 7,8 i 10 Umowy poprzez zastąpienie występującej w nich stawki kary umownej w wysokości "3% wynagrodzenia umownego, o którym mowa w § 9 ust. 1" stawką "5.000 zł".

Odpowiedź na pytanie nr 1

Zamawiający informuje, że ulega zmianie zapis w załączniku nr 5 do SWZ dotyczący § 12 ust. 1 pkt. 7, 8 i 10, który otrzymuje brzmienie:

„7) za nieprzedłożenie do zaakceptowania w trybie określonym niniejszą umową pisemnego projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub projektu jej zmiany - w wysokości 1% wynagrodzenia umownego, o którym mowa w § 9 ust. 1 umowy,

8) za nieprzedłożenie poświadczonej za zgodność z oryginałem pisemnej kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany - w wysokości 1% wynagrodzenia umownego o którym mowa w § 9 ust. 1 umowy,

10) za wprowadzenie na plac budowy Podwykonawcy (robót, dostaw, usług), który nie został zgłoszony Zamawiającemu zgodnie z zapisami § 6, w wysokości 1% wynagrodzenia umownego o którym mowa w § 9 ust. 1 umowy za każde zdarzenie”.

Z up. WOJTA
Janusz Kwidziński
Sekretarz Gminy

.....