



Gryfice, 06.05.2022 r.

Do wszystkich wykonawców

Dotyczy postępowania prowadzonego w trybie podstawowym na podst. art. 275 ust. 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych pn.: Modernizacja drogi powiatowej 3136Z odc. Gryfice-Rotnowo (do granicy z gm. Płoty) wraz z przebudową 2 skrzyżowań (na rondo) w miejscowości Gryfice – nr ZDP.272.03.2022; ogłoszenie 2022/BZP 00124675/01 z dnia 15.04.2022

W związku ze złożonymi zapytaniami Wykonawców dotyczących Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz załączników do SWZ w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jw., Zamawiający informuje, iż działając na podstawie art. 284 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 poz. 1129 z późn. zm), Zamawiający wyjaśnia oraz modyfikuje niektóre zapisy w SWZ na podstawie art. 286 ust.1:

Pytanie 1.

W §12 ust. 1 pkt 1-12 Umowy, Zamawiający przewidział kary umowne w wysokości 1% lub 2 % wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 3, za każde wskazane tam zdarzenie. Wskazujemy, że przewidziane w §12 ust. 1 Umowy stawki kary umownej są stawkami nierynkowymi i rażąco wygórowanymi, pozostając w oderwaniu od okoliczności poniesienia jakiegokolwiek szkody z tego tytułu przez Zamawiającego oraz stopnia opóźnienia Wykonawcy w wykonaniu ww. obowiązków lub 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 zastrzegania 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 wynosi maksymalnie 0,05%, 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-, kilkunastolub 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 kara umownych na takim poziomie, 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 na względzie powyższe, wnosimy o zmianę §12 ust. 1 pkt 1-12 Umowy poprzez zastąpienie występujących w nich stawek kar umownych na stawki powszechnie stosowane tj. maksymalnie do 0,5%

W przypadku braku proponowanej zmiany Wykonawcy zmuszeni będą uwzględnić ryzyko wystąpienia wyższych kosztów, zwiększyć cenę oferty.

Odpowiedź:

Zamawiający informuje że brak jest jakichkolwiek ustawowych wytycznych co do wysokości kar umownych. Istnieje zatem względna dowolność w ustalaniu ich wysokości. Kara umowna może być określona jako konkretna kwota za dane naruszenie. Może ona również stanowić procent wynagrodzenia przewidzianego w umowie za wykonanie robót budowlanych. Ważne jest jednakże, aby wysokość kary umownej była określona w sposób na tyle precyzyjny, aby strony miały świadomość z jakimi konsekwencjami finansowymi mogą się liczyć w przyszłości na wypadek uchybień w realizacji umowy. Względna dowolność w ustalaniu wysokości kar umownych ograniczona jest jednak możliwością miarkowania jej wysokości przez sąd. Miarkowanie jest instytucją mającą służyć zapobieganiu nakładania kar w nadmiernej wysokości, nieuzasadnionej stopniem naruszenia postanowień umowy czy stopniem zawinienia strony zobowiązanej do jej zapłaty. Chodzi przy tym o sytuację, gdy wysokość kary umownej jest rażąco wygórowana. Jak wskazuje się w orzecznictwie, wysokość określonej stawki kary umownej sama w sobie nie przesądza o rażącym wygórowaniu kary umownej, lecz dopiero wynikająca z tej stawki i okresu opóźnienia wysokość kary umownej może być uznana za rażąco wygórowaną przy zastosowaniu prawidłowego kryterium oceny. Zwrot „rażące wygórowanie” świadczy o tym, że miarkowanie winno mieć miejsce wyjątkowo, tylko wtedy, gdy kara umowna będzie nie tylko wygórowana, ale wygórowana rażąco, czyli w taki sposób, że system prawa nie może tolerować jej dysproporcji w stosunku do słuszych interesów wierzyciela. Jako kryteria miarkowania wskazuje się m.in. na brak poniesienia przez wierzyciela szkody, nikły bądź umiarkowany rozmiar doznanej szkody, wygórowaną wysokość zastrzeżonej kary umownej w stosunku do wartości szkody doznanej przez wierzyciela, czy do kwoty należnego wykonawcy wynagrodzenia oraz brak winy lub niewielki stopień winy dłużnika; jeżeli bowiem brak winy nie wyłącza odpowiedzialności za niewykonanie zobowiązania to wina i jej stopień ma znaczenie przy miarkowaniu kary umownej (wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z dnia 12.07.2019 r., sygn. akt I Aga 28/19). Ważne jest zatem, aby określając wysokość kary umownej strony w sposób rozsądny ustaliły jej poziom. Mechanizmem służącym zapobiegnięciu miarkowania kary przez sąd jest ustalenie maksymalnej wysokości kar umownych naliczonych za wszystkie uchybienia np. nie więcej niż 40% wynagrodzenia wykonawcy określonego umową. Należy bowiem pamiętać, iż wysokość naliczonych



stronie kar umownych nie może przewyższać wartości świadczenia, do którego wykonania była ona zobowiązana. Zdaniem Urzędu Zamówień Publicznych, charakter realizowanych zamówień publicznych często uzasadnia prymat funkcji prewencyjnej kar umownych nad funkcją kompensacyjną. Przykładowo – niezrealizowanie w terminie przebudowy drogi wcale nie musi oznaczać automatycznie uszczerbku majątkowego po stronie Zamawiającego, jednak konsekwencje takiego stanu dla społeczności lokalnej zazwyczaj są ogromne. Podobnie kary umowne związane z podwykonawcami (art. 143d ust 7 PZP) są ze swojej istoty zupełnie niezależne od tego, czy zamawiający ponosi (nawet hipotetycznie) jakąkolwiek szkodę np. w związku z nieprzedłożeniem mu przez wykonawcę projektu umowy z podwykonawcą, gdyż funkcją tej kary jest raczej ochrona podwykonawców, niż zamawiającego, który swoją odpowiedzialność wobec podwykonawców ponosi nie z art. 143a-143d PZP, ale z art. 647(1) kodeksu cywilnego.

W związku z powyższym Zamawiający podtrzymuje dotychczasowe zapisy w §12 ust 1-12 umowy,

Pytanie 2

Ze względu na błąd w treści umowy §3 ust 3, polegający na odniesieniu do niewłaściwego punktu, prosimy o zmianę zapisów umowy: „Zamawiający dopuszcza możliwość waloryzacji wynagrodzenia za II etap robót jeżeli płatność nastąpi po upływie roku od podpisania umowy i jeżeli skumulowany wskaźnik wzrostu cen, o którym mowa w pkt 2 przekroczy 2%;”

Na: „Zamawiający dopuszcza możliwość waloryzacji wynagrodzenia za II etap robót jeżeli płatność nastąpi po upływie roku od podpisania umowy i jeżeli skumulowany wskaźnik wzrostu cen, o którym mowa w pkt 4 przekroczy 2%;”

Opowiedź:

Zamawiający poprawia oczywisty błąd w § 3 pkt 3 na: Zamawiający dopuszcza możliwość waloryzacji wynagrodzenia za II etap robót jeżeli płatność nastąpi po upływie roku od podpisania umowy i jeżeli skumulowany wskaźnik wzrostu cen, o którym mowa w pkt 4 przekroczy 2%

Powyższe wyjaśnienia stają się częścią SWZ wiążącą dla Wykonawców.

Wykonawcy są zobowiązani uwzględnić powyższe wyjaśnienia podczas sporządzania ofert

Pozostałe zapisy SWZ pozostają bez zmian.