

Kraków, dnia 04.11.2021 r.
ZDW/PW/2021/ 8414 /DN4/AK
zn. sprawy: ZDW-DN-4-271-80/21

Wg rozdzielnika

dotyczy: postępowania w sprawie zamówienia pn. Budowa połączenia węzła A4 Brzesko z DW 768 – Etap II – opracowanie dokumentacji projektowej, pełnienie nadzoru autorskiego (nr ZDW-DN-4-271-80/21)

Zamawiający – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie prowadzący postępowanie jw., niniejszym na podstawie art. 135 ust. 1, 2 i 6 ustawy z dnia 11.09.2019 r. – *Prawo zamówień publicznych* (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019, ze zm., zwanej dalej ustawą PZP) udziela poniżej odpowiedzi na złożone przez Wykonawców wnioski o wyjaśnienie treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ) w przedmiotowym postępowaniu, które wpłynęły do Zamawiającego (numeracja pytań oraz kolejność udzielania odpowiedzi jest ustalona przez Zamawiającego):

Pytanie nr 2

Prosimy o zmianę terminu przedłożenia Zamawiającemu harmonogramu prac projektowych z 14 dni na 30 dni od daty zawarcia Umowy

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, iż wyraża zgodę na wnioskowaną zmianę zapisu § 4 ust. 12 wzoru umowy (zał. nr 8 SWZ) w kontekście określenia 30-dniowego terminu na przedłożenie przez Wykonawcę harmonogramu wykonania zamówienia. W związku z powyższym Zamawiający w załączeniu do niniejszego pisma udostępnia zamienny zał. nr 8 SWZ – wzór umowy (oznaczony datą 04.11.2021 r.) uwzględniający przedmiotową zmianę.

Pytanie nr 3

Zwracamy się z prośbą o zmianę terminu dostarczenia dokumentów Zamawiającemu z 7 dni na 14 dni od zawarcia umowy, dokumentów potwierdzających posiadanie wymaganych uprawnień przez osoby wskazane na stanowisko projektantów/ sprawdzających oraz aktualne zaświadczenia właściwej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa lub odpowiadające mu zaświadczenia zgodne z polskim prawem budowlanym.

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, iż wyraża zgodę na wnioskowaną zmianę zapisu § 4 ust. 8 wzoru umowy (zał. nr 8 SWZ) w kontekście określenia maksymalnie 14-dniowego terminu na przedłożenie przez Wykonawcę dokumentów potwierdzających posiadanie wymaganych uprawnień przez osoby wskazane na stanowiska projektantów / sprawdzających oraz aktualnych wymaganych zaświadczeń właściwej Okręgowej Izby Inżynierów Budownictwa lub odpowiadających im zaświadczeń zgodnie z polskim prawem budowlanym. W związku z powyższym Zamawiający w załączeniu do niniejszego pisma udostępnia zamienny zał. nr 8 SWZ – wzór umowy (oznaczony datą 04.11.2021 r.) uwzględniający przedmiotową zmianę.

Pytanie nr 4

W treści Umowy Zamawiający pisze:

„§ 10 ust. 8 a) niezachowania umownego terminu wykonania przedmiotu umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w wysokości 0,1%”

Prosimy o zmianę powyższego zapisu i zmniejszenie łącznej ilości kar z 0,1 % na 0,01%

„§ 10 ust. 8 b) niezachowanie umownego terminu zapewnienia sprawowania nadzoru autorskiego w stosunku do terminu określonego zawiadomieniem o którym mowa w § 9 ust. 3 i 4 – w wysokości 1%

Prosimy o zmianę powyższego zapisu i zmniejszenie łącznej ilości kar z 1 % na 0,01%

„§ 10 ust. 8 c) niedotrzymania terminu uzgodnienia rozwiązań zamiennych, czy wydania opinii i uzgodnień w stosunku do terminów zapisanych w § 9 ust. 5 (przy zastrzeżeniu ust. 9) – w wysokości 1 % wynagrodzenia umownego określonego w § 3 ust. 1 pkt 2 za każdy dzień zaistnienia takiego opóźnienia (przekroczenia terminu);

Prosimy o zmianę powyższego zapisu i zmniejszenie łącznej ilości kar z 1 % na 0,01%

„§ 10 ust. 8 d) niezachowania terminu usunięcia wad przedmiotu umowy ujawnionych podczas odbioru lub w okresie obowiązywania gwarancji i rękojmi z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy (przy zastrzeżeniu ust. 9) – w wysokości 0,1 % wynagrodzenia umownego, o którym mowa w § 3 ust. 1 pkt 1, za każdy dzień takiego opóźnienia (przekroczenia terminu) licząc od wyznaczonego przez Zamawiającego terminu na usunięcie wad, a w przypadku braku jego wyznaczenia – upływu terminu określonego w ust. 14,

Prosimy o zmianę powyższego zapisu i zmniejszenie łącznej ilości kar z 0,1 % na 0,01%

„§ 10 ust. 8 e) niedopełnienia wymogu zatrudniania na podstawie stosunku pracy lub naruszenia wymogów związanych z wykazywaniem spełniania tego obowiązku zgodnie z zapisami niniejszej 16 umowy – w wysokości 5 000,00 zł za każdy stwierdzony przypadek uchybienia obowiązkowi w tym zakresie,

Prosimy o zmianę powyższego zapisu i zmniejszenie łącznej ilości kar z 5 000,00 zł na 1 000,00 zł

„§ 10 ust. 8 f) braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego Podwykonawcom z tytułu zmiany wysokości wynagrodzenia, o której mowa w § 3 ust. 5 pkt 5 – w wysokości 5 000,00 zł za każdy stwierdzony przypadek uchybienia obowiązkowi w tym zakresie,

Prosimy o zmianę powyższego zapisu i zmniejszenie łącznej ilości kar z 5 000,00 zł na 1 000,00 zł

„§ 10 ust. 8 g) dokonania przelewu (cesji) wierzytelności z naruszeniem zapisów niniejszej umowy – w wysokości 5 000,00 zł za każdy stwierdzony przypadek naruszenia,

Prosimy o zmianę powyższego zapisu i zmniejszenie łącznej ilości kar z 5 000,00 zł na 1 000,00 zł

„§ 10 ust. 8 h) odmowy zrealizowania przez Wykonawcę uruchomionego zakresu opcjonalnego – w wysokości 100 % wynagrodzenia umownego, o którym mowa w § 3 ust. 1 pkt 2,

Prosimy o zmianę powyższego zapisu i zmniejszenie łącznej ilości kar z 100% na 10%

„§ 10 ust. 8 i) odstąpienia od umowy lub rozwiązania umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy – w wysokości 100 % wynagrodzenia umownego, o którym mowa w § 3 ust. 1 pkt 2 (jeżeli sytuacja ta dotyczy umowy, na gruncie której został uruchomiony zakres opcjonalny zamówienia, a umowa nie została wykonana jedynie w kontekście zakresu opcjonalnego) / 20 % wynagrodzenia umownego,

Prosimy o zmianę powyższego zapisu i zmniejszenie łącznej ilości kar z 100% na 10%,

Zwyczajowo zapisy umów określają wysokość sumy kar umownych na poziomie za odstąpienie od umowy lub części umowy z winy wykonawcy. W umowie na wykonanie przedmiotu zamówienia te kary mamy określone na poziomie 10% wartości wynagrodzenia Wykonawcy. W związku z powyższym prosimy o dodanie zapisu dotyczącego łącznej wysokości kar umownych. Praktyka obecnie stosowana w sporządzeniu umów o zamówienia publiczne, jak również orzecznictwo SN określa max limit kar umownych na poziomie 20% wynagrodzenia Wykonawcy.

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 października 2015 roku, sygn. IV CSK 687/14:

Brak określenia w umowie końcowego terminu naliczania kar umownych ani ich kwoty maksymalnej, prowadzi do obciążenia zobowiązanego tym świadczeniem w nieokreślonym czasie, a więc w istocie tworzy zobowiązanie wieczne, niekończące się. Takie ukształtowanie

zobowiązania zapłaty kary umownej, nie spełnia należącego do jego istoty wynikającego z art. 483 § 1 KC wymagania określenia sumy pieniężnej podlegającej zapłacie w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania niepieniężnego. Wymóg ten jest spełniony, gdy strony z góry określają wysokość kary umownej, albo gdy w treści umowy wskazują podstawy do definitywnego określenia jej wysokości.

Wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 13 listopada 2017 r., sygn. I C 87/16:

Sąd rozpoznający niniejszą sprawę w pełni podziela i przyjmuje za własny pogląd wyrażony przez Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 22 października 2015 r. (IV CSK 687/14), zgodnie z którym nieokreślenie w umowie końcowego terminu naliczania kar umownych, ani ich kwoty maksymalnej prowadzi do obciążenia zobowiązanego tym świadczeniem w nieokreślonym czasie, a więc w istocie tworzy zobowiązanie wieczne, niekończące się. Takie ukształtowanie zobowiązania zapłaty kary umownej nie spełnia należącego do jego istoty wynikającego z art. 483 § 1 k.c. wymagania określenia sumy pieniężnej podlegającej zapłacie w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania niepieniężnego. Wymóg ten jest spełniony, gdy strony z góry określają wysokość kary umownej albo gdy w treści umowy wskazują podstawy do definitywnego określenia jej wysokości.

Wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 22 listopada 2018 roku, sygn. XIII Ga 642/18:

Zapis nie wskazujący ani maksymalnej wysokości kary umownej, ani ostatecznego terminu, do którego jest naliczana, nie spełnia warunku wskazania określonej sumy, co czyni zapis § 8 ust. 1 pkt 1.1 umowy bezwzględnie nieważnym (art. 58 § 1 k.c.). Nieokreślenie w umowie końcowego terminu naliczania kar umownych ani ich kwoty maksymalnej prowadzi do obciążenia zobowiązanego tym świadczeniem w nieokreślonym czasie, a więc w istocie tworzy zobowiązanie wieczne, niekończące się. Takie ukształtowanie zobowiązania zapłaty kary umownej nie spełnia należącego do jego istoty wynikającego z art. 483 § 1 k.c. wymagania określenia sumy pieniężnej podlegającej zapłacie w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania niepieniężnego.

„§ 10 ust. 15 W przypadku niewykonania lub nienależyte wykonywania przedmiotu umowy (jeżeli sytuacja taka nie wynika z okoliczności, za które Zamawiający nie odpowiada) Zamawiający zobowiązany jest do zapłacenia kar umownych z tytułu:

- a) nieuzasadnionego w świetle zapisów niniejszej umowy i przepisów prawa niedokonania zapłaty wynagrodzenia należnego Wykonawcy – w wysokości 5 000,00 zł za każdy stwierdzony przypadek nieuzasadnionego uchylenia się od zapłaty należnego wynagrodzenia,*
- b) nieuzasadnionego w świetle zapisów niniejszej umowy i przepisów prawa niedokonania odbioru wykonanych przez Wykonawcę prac – w wysokości 5 000,00 zł za każdy stwierdzony przypadek nieuzasadnionego uchybienia temu obowiązkowi*

Zwracamy się z prośbą o dodanie zapisu dotyczącego dodania kary dla Zamawiającego c) odstąpienie od umowy lub rozwiązanie umowy kara w wysokości 20 % wynagrodzenia

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, iż nie wyraża zgody na zmianę zapisów § 10 ust. 8 i 15 wzoru umowy (zał. nr 8 SWZ) w zakresie i sposób wskazany w pytaniu – z uwagi na brak uzasadnienia i potrzeby wprowadzenia takich modyfikacji.

W ocenie Zamawiającego określone w ramach § 10 ust. 8 lit. a – i wzoru umowy wysokości kar umownych są adekwatne i niewygórowane w kontekście sankcjonowanych nią naruszeń oraz zakresu i wartości zamówienia będącego przedmiotem umowy – są to zwyczajowe wysokości określone w zawieranych umowach zamówieniowych, wobec czego Zamawiający nie widzi uzasadnienia ich obniżenia. Sposób określenia tych kar oraz sankcjonowanych nimi naruszeń jest prawnie dopuszczalny i nie narusza przepisów ustawy PZP. Ponadto zaznacza się, iż jest wyraźnie umownie uregulowany limit (maksymalna wysokość) kar naliczanych w sytuacjach wskazanych w § 10 ust. 8 – zgodnie z zapisem § 10 ust. 10 wzoru umowy

łączna wysokość kar umownych naliczonych na gruncie tej umowy nie może przekroczyć 20 % wynagrodzenia umownego, o którym mowa w § 3 ust. 1 (co stanowi poziom niewygórowany, stosowany zwyczajowo), co też czyni zadość wytycznym orzecznictwem i interpretacyjnym tego zagadnienia. Jest to istotne również w kontekście kar umownych odnoszących się *stricto* do kontekstu zakresu opcjonalnego zamówienia określonych w § 10 ust. 8 lit. h oraz lit. i wzoru umowy – określenie ich wysokości na poziomie 100 % wynagrodzenia za ten zakres przedmiotu umowy jest uprawnione i uzasadnione z uwagi na niewielki poziom kwotowy tej części wynagrodzenia w stosunku do całości wynagrodzenia umownego (wartość zakresu opcjonalnego nie może przekraczać 5 % wartości zakresu podstawowego), ustanowiony umownie limit globalny kar umownych na poziomie 20 % całości wynagrodzenia umownego (którego kara w wysokości 100 % wynagrodzenia za zakres opcjonalny nie przekroczy) oraz fakt, iż takie okarowanie dotyczy sytuacji całościowego niewykonania zakresu opcjonalnego zamówienia. Przedmiotowa kara z punktu widzenia przedmiotu umowy nie stanowi zatem kary wygórowanej, czy niewspółmiernej do sankcjonowanych nią sytuacji.

Ponadto nadmienia się, iż zapisy § 10 ust. 15 wzoru umowy są zgodne w szczególności z art. 746 § 1 KC. Zamawiający wskazuje, iż przepisy obowiązującego prawa nie wymagają zachowania całkowitej symetrii zapisów umownych, w tym określonych obciążeń / obowiązków – cywilistyczna zasada równości stron nie jest bezwzględna i doznaje wielu ograniczeń w kontekście kształtowania treści postanowień umownych w związku m.in. z publicznym charakterem wydatków, jakie generuje umowa zamówieniowa. Wzór umowy przewiduje kary umowne dla Zamawiającego, które są wystarczające w świetle przedmiotu tej umowy, toteż w ocenie Zamawiającego nie ma potrzeby poszerzania tego katalogu o inne / kolejne kary (w tym karę wskazaną w pytaniu). Zaznacza się, iż wdrażanie mechanizmu odstąpienia od umowy lub rozwiązania umowy stanowi rozwiązanie ostateczne, z którego korzysta się w szczególnych przypadkach, a ponadto w przeważającej większości generuje ono spór między stronami głównie co do przyczyn takiego działania (i kontekstu zawinienia), który rozstrzygany jest na drodze sądowej. W ocenie Zamawiającego brak jest zatem podstaw do przewidywania kary umownej, o której mowa w pytaniu, a sytuacja ta nie narusza przepisów ustawy PZP, jak również przepisów KC.

Niniejsze pismo staje się częścią Specyfikacji Warunków Zamówienia.

*Z up. Dyrektora
Zarządu Dróg Wojewódzkich w Krakowie
Inga Gęsiarz-Nowak
Naczelnik Wydziału Zamówień Publicznych*