

Wykonawcy biorący udział w postępowaniu

Dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie: „**Budowa mostu w ul. Topolowej z przylegającym odcinkiem drogi w Rybarzowicach**”

Zamawiający na podstawie art. 38 ust.1, ust.2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U.z 2019r poz.1843 ze zm.) w związku ze złożonymi przez Wykonawcę pytaniami udziela wyjaśnień:

1. Zgodnie z zapisami §16 umowy Zamawiający zdefiniował szeroki wachlarz kar umownych oraz wprowadził ich limit na poziomie 30% wynagrodzenia

Strony postanawiają, że Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w razie:

2. *Zwłoki w wykonaniu umowy w wysokości 0,2 % wynagrodzenia brutto wskazanego w § 13 ust.1 umowy, za każdy dzień zwłoki,*
3. *Zwłoki w usunięciu wad stwierdzonych w czasie odbioru lub w okresie rękojmi i / lub gwarancji w wysokości 0,5 % wynagrodzenia brutto wskazanego w § 13 ust.1 umowy, za każdy dzień zwłoki liczonej od dnia wyznaczonego na usunięcie wady,*
4. *Zwłoki w wykonaniu robót określonych w harmonogramie o którym mowa w § 1 ust.4 umowy na koniec kwartału w wysokości 0,2% wynagrodzenia brutto wskazanego w tym harmonogramie za dany etap,*

11. łączna wysokość kar umownych nie może przekroczyć 30% wynagrodzenia umownego.

Takie zdefiniowanie kar oraz limit kar umownych na poziomie 30% 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 obciążone 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 wyłączając 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 współżycia 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 przynajmniej 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 limitu kar umownych z tytułu realizacji umowy, jakich żądać może Zamawiający, często jest dodatkowo ograniczona w treści umowy do wysokości **10%** wynagrodzenia netto.

Wnosimy zatem o uwzględnienie naszych postulatów w bieżącym postępowaniu, zmianę wysokości kar umownych oraz o zmniejszenie limitu kar umownych.

§16

Strony postanawiają, że Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w razie:

2. *Zwłoki w wykonaniu umowy w wysokości 0,02 % wynagrodzenia brutto wskazanego w § 13 ust.1 umowy, za każdy dzień zwłoki,*

3. *Zwłoki w usunięciu wad stwierdzonych w czasie odbioru lub w okresie rękojmi i / lub gwarancji w wysokości 0,05 % wynagrodzenia brutto wskazanego w §13 ust.1 umowy, za każdy dzień zwłoki liczonej od dnia wyznaczonego na usunięcie wady,*
4. *Zwłoki w wykonaniu robót określonych w harmonogramie o którym mowa w § 1 ust.4 umowy na koniec kwartału w wysokości 0,02% wynagrodzenia brutto wskazanego w tym harmonogramie za dany etap,*
11. *Łączna wysokość kar umownych nie może przekroczyć 10% wynagrodzenia umownego.*

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: Odnosząc się do powyższej sprawy dotyczącej klauzuli kar umownych - § 16 wzoru umowy informuję, iż Zamawiający nie znalazł uzasadnienia do uwzględnienia wniesionej uwagi.

Klauzula kar umownych jak i inne sankcyjne postanowienia zawarte w przedmiotowym wzorze umowy zostaną aktywowane dopiero w sytuacji, gdy Wykonawca nie wywiąże się ze swoich obowiązków względem Zamawiającego. Hipotetyczne zakładanie, że Wykonawca nie będzie realizował w sposób należyty umowy i dojdzie do sporu między stronami jest przedwczesne.

Wprowadzając do umowy przedmiotową klauzulę Zamawiający miał na uwadze podstawowe funkcje kary umownej jako surogatu odszkodowania, mającego jedynie ułatwić Zamawiającemu kompensację ewentualnie poniesionej szkody, a nie wzbogacenie. Oczywistym jest, że w przypadku sporu co do wysokości kar umownych Wykonawca jest uprawniony do korzystania przede wszystkim z instytucji z art.484 § 2 k.c. tj. żądania zmniejszenia kary umownej przede wszystkim w sytuacji, gdy wykonał swoje zobowiązanie w znacznej części lub gdy kara umowna jest rażąco wygórowana. Zgodnie z poglądem wyrażanym w orzecznictwie (por.m.in. uchwała SN z dnia 6.11. 2003 r.- sygn. III CZP 61/03) przesłanką miarkowania kary umownej jest w szczególności brak szkody po stronie wierzyciela lub szkoda jedynie nieznaczna czy minimalna. Instytucja miarkowania kary umownej stanowi ochronę równowagi interesów stron i zapobieżenie nadmiernemu obciążeniu dłużnika oraz niesłusznemu wzbogaceniu wierzyciela. Mając na uwadze przywołany przez Wykonawcę wyrok SN z 29.11.2013 r. sygn.akt. ICSK 124/13 Zamawiający wskazuje, iż w uzasadnieniu tego wyroku SN podkreślił, że „Żle byłoby zatem, gdyby Sąd Najwyższy formułował dyrektywy wykładni przesłanek miarkowania kary umownej w sposób zbyt daleko wykraczający w uznanie sędziowskie”, co oznacza konieczność indywidualnej oceny każdej sprawy. Dodatkowo Zamawiający wskazuje na obowiązujący od 1.06.2017 r. przepis art.54a ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (t.j. DZ.U. z 2019 r., poz.869 ze zm.), zgodnie z którym jednostka sektora finansów publicznych może zawrzeć *ugodę* w sprawie spornej należności cywilnoprawnej w przypadku dokonania oceny, że skutki *ugody* są dla tej jednostki korzystniejsze niż prawdopodobny wynik postępowania sądowego albo arbitrażowego.

Ustalona wysokość kar jak i ich górna granica jest adekwatna do rodzaju przedsięwzięcia, jego kosztów oraz źródła finansowania i związanego z nim ryzyka nie zrealizowania umowy.

Otrzymuje:

1. Adresat
2. GKiB