



Pruszków, 15.03.2022 r.

WSR.271.4.3.2022 (26)

Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym bez negocjacji na:

Budowa ul. Nowożyniarskiej i ul. Elektrycznej w Pruszkowie.

Numer nadany przez Zamawiającego: WSR.271.3.2022.

Zamawiający, Gmina Miasto Pruszków, ul. Kraszewskiego 14/16, 05-800 Pruszków, działając na podstawie art. 284 ust. 2 i ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U z 2021 roku, poz. 1129 ze zm.), **zamieszcza pytania dotyczące postępowania wraz z udzielonymi na nie odpowiedziami:**

Pytanie nr 1

1. Dotyczy par 4 ust 13 pkt b. – e. wzoru umowy (Załącznika nr 4) o treści:

„13. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne z tytułu:

1.

a.

b. nieprzedłożenia do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub projektu jej zmiany, w wysokości **0,5%** wartości brutto Przedmiotu Umowy ustalonej w § 7 ust. 1 niniejszej Umowy,

c. nieprzedłożenia poświadczonyj za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany w wysokości **0,5%** wartości brutto Przedmiotu Umowy ustalonej w § 7 ust. 1 niniejszej Umowy za każdy przypadek,

d. braku zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty, zgodnie z 464 ust. 10 pzp pomimo zastrzeżeń Zamawiającego, w wysokości **0,5%** wartości brutto Przedmiotu Umowy ustalonej w § 7 ust. 1 niniejszej Umowy,

e. za realizację Umowy przy udziale nieujawnionych Podwykonawców w wysokości **15 000,-** zł za każdorazowy fakt nieujawnienia Podwykonawcy.“

oraz par 12 ust 1 pkt 1)- 3) i 6) wzoru umowy (Załącznika nr 4) o treści:

„1. Wykonawca płaci kary umowne:

1) z tytułu nieterminowej realizacji robót 0,5% wartości brutto Przedmiotu Umowy ustalonej w § 7 ust. 1, za każdy dzień zwłoki względem terminu określonego w § 2,



Rzeczpospolita
Polska



Unia Europejska
Europejski Fundusz
Rozwoju Regionalnego



URZĄD MIASTA PRUSZKOWA

ul. Józefa Ignacego Kraszewskiego 14/16, 05-800 Pruszków
e-mail: prezydent@miasto.pruszkow.pl tel. (+48 22) 735 87 77

Pruszków
poznasz - polubisz



- 2) z tytułu zwłoki w usuwaniu wad 0,5% wartości brutto Przedmiotu Umowy ustalonej w § 7 ust. 1, za każdy dzień zwłoki w stosunku do uzgodnionego terminu w okresie rękojmi i gwarancji,
- 3) za spowodowane przerwy w realizacji robót z przyczyn zależnych od Wykonawcy w wysokości 0,5%, za każdy dzień przerwy,
- 6) łączny limit kar umownych określonych Umową nie przekroczy 30% wartości brutto Przedmiotu Umowy ustalonej w § 7 ust. 1.“

Naliczenie kar umownych w podanej wysokości w ocenie Wykonawcy jest sankcją zbyt dotkliwą i nie adekwatną do sytuacji. 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 współżycia społecznego i skutkować winno bezwzględną nieważnością 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 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”.

Mając powyższe na względzie wnosimy o zmniejszenie wysokości kary umownej do poniższego poziomu:

- w par 4 ust 13 pkt b. – e. wzoru umowy (Załącznika nr 4):

„13. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne z tytułu:

- b. nieprzedłożenia do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub projektu jej zmiany, w wysokości **0,1%** wartości brutto Przedmiotu Umowy ustalonej w § 7 ust. 1 niniejszej Umowy,
- c. nieprzedłożenia poświadczony za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany w wysokości **0,1%** wartości brutto Przedmiotu Umowy ustalonej w § 7 ust. 1 niniejszej Umowy za każdy przypadek,
- d. braku zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty, zgodnie z 464 ust. 10 pzp pomimo zastrzeżeń Zamawiającego, w wysokości **0,1%** wartości brutto Przedmiotu Umowy ustalonej w § 7 ust. 1 niniejszej Umowy,
- e. za realizację Umowy przy udziale nieujawnionych Podwykonawców w wysokości **5 000,-** zł za każdorazowy fakt nieujawnienia Podwykonawcy.“

oraz par 12 ust 1 pkt 1)- 3) i 6) wzoru umowy (Załącznika nr 4) o treści:

1. Wykonawca płaci kary umowne:

- 1) z tytułu nieterminowej realizacji robót 0,1% wartości brutto Przedmiotu Umowy ustalonej w § 7 ust. 1, za każdy dzień zwłoki względem terminu określonego w § 2,
- 2) z tytułu zwłoki w usuwaniu wad 0,1% wartości brutto Przedmiotu Umowy ustalonej w § 7 ust. 1, za każdy dzień zwłoki w stosunku do uzgodnionego terminu w okresie rękojmi i gwarancji,
- 3) za spowodowane przerwy w realizacji robót z przyczyn zależnych od Wykonawcy w wysokości 0,1%, za każdy dzień przerwy,
- 6) łączny limit kar umownych określonych Umową nie przekroczy 15% wartości brutto Przedmiotu Umowy ustalonej w § 7 ust. 1.

PREZYDENT MIASTA PRUSZKOWA



W ocenie Wykonawcy zaproponowane kary umowne w sposób wystarczający zabezpieczają interes Zamawiającego odnośnie prawidłowego i terminowego wykonania zamówienia przez Wykonawcę.

Odpowiedź:

W zakresie zapytania Zamawiający częściowo uwzględnił uwagi w ten sposób, że wskazane przepisy otrzymują brzmienie:

par 12 ust 1 pkt 1)- 3) i 6) wzoru umowy (Załącznika nr 4) o treści:

1. Wykonawca płaci kary umowne:
 1. z tytułu nieterminowej realizacji robót 0,3% wartości brutto Przedmiotu Umowy ustalonej w § 7 ust. 1, za każdy dzień zwłoki względem terminu określonego w § 2,
 2. z tytułu zwłoki w usuwaniu wad 0,3% wartości brutto Przedmiotu Umowy ustalonej w § 7 ust. 1, za każdy dzień zwłoki w stosunku do uzgodnionego terminu w okresie rękojmi i gwarancji,
 3. za spowodowane przerwy w realizacji robót z przyczyn zależnych od Wykonawcy w wysokości 0,3%, za każdy dzień przerwy,
- 6) łączny limit kar umownych określonych Umową nie przekroczy 30% wartości brutto Przedmiotu Umowy ustalonej w § 7 ust. 1.

„13. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne z tytułu:

1. nieprzedłożenia do zaakceptowania projektu umowy o podwykonawstwo, której przedmiotem są roboty budowlane, lub projektu jej zmiany, w wysokości 0,3% wartości brutto Przedmiotu Umowy ustalonej w § 7 ust. 1 niniejszej Umowy,
2. nieprzedłożenia poświadczonyj za zgodność z oryginałem kopii umowy o podwykonawstwo lub jej zmiany w wysokości 0,3% wartości brutto Przedmiotu Umowy ustalonej w § 7 ust. 1 niniejszej Umowy za każdy przypadek,
3. braku zmiany umowy o podwykonawstwo w zakresie terminu zapłaty, zgodnie z 464 ust. 10 pzp pomimo zastrzeżeń Zamawiającego, w wysokości 0,3% wartości brutto Przedmiotu Umowy ustalonej w § 7 ust. 1 niniejszej Umowy,
4. za realizację Umowy przy udziale nieujawnionych Podwykonawców w wysokości 15 000,- zł za każdorazowy fakt nieujawnienia Podwykonawcy.“

Zamawiający przypomina, że ustawodawca w art. 433 pkt 1) nowej ustawy PZP postanowił, iż projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie. Tym samym projektowane postanowienia umowy nie mogą – co do zasady – przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za każde przekroczenie wymaganego w umowie terminu na wykonanie zobowiązania, a tylko takie które jest zawinione bezpośrednio przez wykonawcę lub osoby, którymi posługuje się on przy wykonaniu zobowiązania, bądź powstałe z innych okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność. Takie rozwiązanie również zobowiązany był zastosować w umowie Zamawiający. Sytuacja gdzie Zamawiający nalicza kare umowną za zwłokę, a nie opóźnienie już ze swojej natury znacząco poprawia sytuację Wykonawców, w stosunku do przepisów starej PZP.

Różnica między zwłoką a opóźnieniem sprowadza się do kwestii przyczyn niewykonania umówionej czynności w terminie. Z opóźnieniem mamy do czynienia wówczas, gdy wykonawca nie spełnia świadczenia w czasie właściwym z przyczyn, za które odpowiedzialności nie ponosi. Zwłoka jest zaś opóźnieniem kwalifikowanym, wynikającym z okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność. Jeżeli kara umowna oznaczona w umowie o realizację zamówienia publicznego została zastrzeżona na wypadek zwłoki, aby uniknąć jej zapłaty wykonawca powinien wykazać, że nie ponosi odpowiedzialności. W przypadku opóźnienia sytuacja była mniej korzystna dla wykonawcy. Jeżeli kara umowna oznaczona w umowie o realizację zamówienia publicznego została zastrzeżona na wypadek opóźnienia – naliczana jest w zasadzie niezależnie od przyczyn nieterminowej realizacji



Rzeczpospolita
Polska



Unia Europejska
Europejski Fundusz
Rozwoju Regionalnego



URZĄD MIASTA PRUSZKOWA

ul. Józefa Ignacego Kraszewskiego 14/16, 05-800 Pruszków
e-mail: prezydent@miasto.pruszkow.pl tel. (+48 22) 735 87 77

Pruszków
poznasz - polubisz



zamówienia. Kwestia zawinienia wykonawcy nie ma w tym przypadku znaczenia. Zwłoka jest więc pojęciem mniej korzystnym dla Zamawiającego a korzystnym dla Wykonawcy, wypełniającym wymagania nowego PZP w tym zakresie.

Przytoczone orzecznictwo na które się Wykonawca powołuje w pytaniu, pochodzi z okresu, kiedy powszechnie w umowach o realizację zamówienia publicznego stosowane były przepisy dotyczące możliwości naliczania kar umownych w przypadku opóźnienia. Zamawiający naliczał karę w tym przypadku niezależnie od winy. W kontraktach, w których ich realizacja wiąże się z pozyskaniem środków zewnętrznych Zamawiający szczególnie zabezpiecza swoje interesy w zakresie kar umownych mając na uwadze konieczność dochowania zarówno terminu realizacji zadania jak i rozliczenia finansowego a od profesjonalnego Wykonawcy, który trudni się zawodowo działalnością stanowiącą przedmiot zamówienia szczególnej staranności w realizacji. Dodatkowo Zamawiający musi się liczyć z możliwością korekty w otrzymanej kwocie dofinansowania.

Po nowelizacji sytuacja „niezgłoszonego” podwykonawcy jest o wiele trudniejsza niż w starym PZP. Z tej też przyczyny Zamawiający mając bogate doświadczenie w realizacji umów z udziałem podwykonawców (również niezgłoszonych) pozostawia karę za ich niezgłoszenie na proponowanym w umowie poziomie.

Pytanie nr 2

Wykonawca wnosi o zmianę zapisu § 10 ust. 6 oraz § 9 ust. 4 projektu umowy, w taki sposób aby rozpoczęcie biegu okresu gwarancji i rękojmi wykonanych robót nie było uzależnione od daty dokonania bezusterkowego odbioru końcowego robót. Zgodnie z art. 647 Kodeksu cywilnego przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i z zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności do przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania obiektu i zapłaty umówionego wynagrodzenia (wyrok Sądu Najwyższego z 26 września 2012 r., II CSK 84/12). W art. 647 K.c. ustawodawca posłużył się jednak tylko pojęciem odbioru robót, nie zaś bezusterkowego odbioru. Powyższe wskazuje, że nie było wolą ustawodawcy uzależnianie odbioru robót od braku jakichkolwiek wad (tak: wyrok Sądu Najwyższego z 22 czerwca 2007 r., V CSK 99/07). Utożsamienie sytuacji, gdy roboty budowlane nie zostały wykonane z sytuacją, gdy są one dotknięte wadami czyniłoby w istocie zbędne przepisy o rękojmi za wady, które chronią Zamawiającego, realizujące się dopiero po odebraniu dzieła (wyrok Sądu Najwyższego z 22 czerwca 2007 r., V CSK 99/07). Ponadto, zostałaby naruszona równowaga pomiędzy inwestorem a wykonawcą, poprzez uzależnienie odbioru, a tym samym płatności należnego wykonawcy wynagrodzenia, od wykluczenia istnienia jakichkolwiek wad w chwili oddania przedmiotu zamówienia (por. wyroki Sądu Najwyższego z 5 marca 1997 r., II CKN 28/97, OSNC 1997/6-7/90; z 30 października 2002 r., V CKN, 1287/00; z 8 stycznia 2004 r., I CK 24/03; z 22 czerwca 2007 r., V CSK 99/07, OSP 2009/1/7; z 9 września 2011 r., I CSK 696/10). W tej kwestii wypowiedział się także Sąd Najwyższy w wyroku z 7 marca 2013 r., II CSK 476/12., w którym czytamy, że inwestor jest zasadniczo zobowiązany do odbioru robót budowlanych zgłoszonych do odbioru (art. 647 K.c.). Z czynności odbioru należy sporządzić protokół, w którym konieczne jest zawarcie ustaleń co do jakości wykonanych robót, w tym ewentualny wykaz wszystkich ujawnionych wad z terminami ich usunięcia lub oświadczeniem inwestora o wyborze innego uprawnienia przysługującego mu z tytułu odpowiedzialności wykonawcy za wady ujawnione przy odbiorze. Odmowa odbioru będzie uzasadniona jedynie w przypadku, gdy przedmiot zamówienia będzie mógł być kwalifikowany jako wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady będą na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania.

Prosimy o zmianę postanowień umownych.

Odpowiedź:

W zakresie pytania nr 2 Zamawiający nie zmienia treści umowy.

Pytanie nr 3

zwracamy się do Państwa w związku z prowadzonym przez Państwa postępowaniem przetargowym nr WSR.271.3.2022 na realizację inwestycji pod nazwą Budowa ul. Nowożytniejskiej i ul. Elektrycznej w Pruszkowie, dla którego wyznaczono termin składania ofert na dzień 21-03-2022r. (.....) Kalkulacja i złożenie rzetelnej oferty opartej na realnych danych oraz profesjonalnie szacowanych ryzykach realizacyjnych było i jest jednym z naszych priorytetów, co dawało rękojmię należytego wykonania zamówienia. Takie

PREZYDENT MIASTA PRUSZKOWA



postępowanie pozwalało na wykonanie zawartych umów z sukcesem dla Zamawiającego i wykonawcy. Działając jako rzetelny i profesjonalny wykonawca chcemy kontynuować ten standard pracy naszej firmy i współpracy z Zamawiającymi.

Obecna sytuacja polityczna i gospodarcza będąca następstwem okoliczności, na które nie mamy wpływu, w szczególności wojny w Ukrainie spowodowała gwałtowną zmianę otoczenia gospodarczego i warunków działania firm budowlanych. Niemal z dnia na dzień huty wstrzymały ofertowanie lub przedstawiają oferty z tak krótkim terminem, że nie jest możliwe zabezpieczenie tego materiału na realizację inwestycji, tym samym nie jest możliwe rzetelne oszacowanie ceny tego materiału. Dostawcy kruszyw, zwłaszcza dostarczanych z wschodniej granicy nie są w stanie przedstawić ofert pozwalających na przyjęcie wiarygodnych założeń ofertowych. Zmieniające się z dnia na dzień ceny paliw i asfaltów powodują, że w przyjmowane założenia kalkulacyjne w tym samym tempie tracą aktualność (cena hurtowa paliwa na dzień 24.02 wynosiła 5152 zł a na dzień 10-03-2022 jest to 7348zł). Większość podwykonawców również wstrzymało ofertowanie. Podobnie dostawcy innych materiałów albo wstrzymali ofertowanie albo przedstawiają oferty z bardzo krótkimi terminami związania. Niestabilny kurs walut, nieprzewidywalne ceny energii i paliw oraz niepewność do ich dostępności również uniemożliwiają rzetelną kalkulację ofert. Te okoliczności powodują, że obecnie nie można odpowiedzialnie oszacować kosztów realizacji inwestycji oraz racjonalnie przyjąć ryzyka zmiany cen. Co więcej, w obecnych okolicznościach nie można nawet racjonalnie przyjąć terminów dostępności poszczególnych materiałów, a co za tym idzie nie można praktycznie założyć terminów realizacji umowy. W tych warunkach nie jest możliwe odpowiedzialne przyjęcie zobowiązania do wykonania przedmiotu zamówienia. Ewentualne oferty złożone w postępowaniu nie będą porównywalne, albowiem każdy z wykonawców będzie zmuszony oszacować ryzyka zmiany cen, dostępności materiałów i usług w oparciu o spekulacyjne założenia. Obecnej sytuacji nie sposób bowiem porównać z żadną podobną, nie sposób tym samym przewidzieć jej wpływu na uwarunkowania gospodarcze i ekonomiczne, w jakich doszłoby do realizacji zamówienia. Z powyżej opisanych powodów, kierując się jakością naszych usług oraz odpowiedzialnością za wykonanie przyszłej inwestycji zdecydowaliśmy się nie składać oferty w niniejszym przetargu, mimo że posiadamy wymagany potencjał techniczny oraz doświadczenie niezbędne do wykonania przedmiotu zamówienia.

Mając na uwadze przedstawione wyżej okoliczności, w szczególności brak realnych możliwości rozpoznania rynku przez wykonawców wnioskujemy o przesunięcie terminu złożenia ofert na późniejszy okres. W naszej opinii obecnie, w pierwszym okresie po wybuchu wojny, występuje największa niepewność i niestabilność rynku. W związku z tym uważamy, że w interesie zarówno Zamawiającego jak i wykonawców jest przesunięcie terminu złożenia ofert na okres, gdy będzie możliwe odpowiedzialne skalkulowanie terminów i kosztów realizacji zamówienia. Zwracamy uwagę, że celem ustawy pzp jest zawieranie umów odpłatnych i ekwiwalentnych co w obecnych warunkach rynkowych w naszej ocenie nie jest możliwe. Przesunięcie terminu składania ofert w naszej ocenie znajduje uzasadnienie również w zasadzie udzielania zamówień w sposób zapewniający efektywność ekonomiczną – na dziś nikt nie jest w stanie przewidzieć w jakich warunkach realizowane będą umowy w których składane są dziś oferty tak aby móc powiedzieć, że zwarcie umów w takich postępowaniach zapewni uzyskanie najlepszych efektów zamówienia.

Odpowiedź:

Informujemy, że ze względu na dofinansowanie zewnętrzne nie ma możliwości znacznego przesunięcia terminu składania ofert. W związku ze zmianami wprowadzonymi w odpowiedzi na pytanie nr 1, Zamawiający przesuwa termin składania ofert na dzień 24.03.2022r.

Zamawiający informuje, że pytania i odpowiedzi na nie stają się integralną częścią SWZ i będą wiążące przy składaniu ofert.

W związku z pytaniami zadanymi przez wykonawców oraz udzielonymi odpowiedziami, Zamawiający działając na podstawie art. 286 ust. 3 i ust. 5 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U z 2021 roku, poz. 1129 ze zm.), ustala nowy termin składania ofert na dzień **24.03.2022 r. godz. 9:00**.



Rzeczpospolita
Polska



Unia Europejska
Europejski Fundusz
Rozwoju Regionalnego



URZĄD MIASTA PRUSZKOWA

ul. Józefa Ignacego Kraszewskiego 14/16, 05-800 Pruszków
e-mail: prezydent@miasto.pruszkow.pl tel. (+48 22) 735 87 77

Pruszków
poznasz - polubisz



Otwarcie ofert zostanie przeprowadzone w dniu **24.03.2022 r. godz. 11:00.**

Termin związania ofertą zostaje przesunięty na dzień 22.04.2022 r.

Wykonawcy są zobowiązani uwzględnić powyższe zmiany podczas sporządzania i składania ofert, w tym także wypełniania oświadczeń, składania wymaganych dokumentów oraz wymaganego wadium.

PRZEYDENT MIASTA

PRUSZKOWA

/-/ Paweł Makuch