

zapytania nr 14 z dnia 11.02.2019 roku

1. Wykonawca wnosi o zmianę paragrafu 4 ust. 1 Umowy oraz Rozdziału V SIWZ, poprzez zmianę sposobu określenia terminu realizacji robót i wskazania w miejsce daty kalendarzowej zakończenia realizacji, określonej ilości dni lub tygodni liczonych od dnia zawarcia umowy na realizację inwestycji.

Zgodnie z treścią umowy stanowiącej załącznik do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, termin wykonania Obiektu, wskazany został przez Zamawiającego poprzez podanie konkretnej daty dziennej tj. 31.05.2020 roku. Zamawiający nie określił ilości dni jaką Wykonawca będzie dysponował na zrealizowanie zamówienia. Wykonawca powinien posiadać wiedzę na temat czasu jakim będzie dysponować na wykonanie zamówienia. W związku z powyższym w ocenie Wykonawcy jako nieprawidłowe uznać należy wskazywanie konkretnej daty dziennej na wykonanie zamówienia bez podania informacji na temat daty podpisania umowy, lub określenia ilości dni jakimi bez względu na datę zakończenia procedury przetargowej będzie dysponował Wykonawca, z którym zostanie podpisana umowa. Brak określenia ilości dni na wykonanie zamówienia lub przygotowania się do rozpoczęcia jego realizacji stanowi naruszenie norm Prawa zamówień publicznych, co potwierdza orzecznictwo KIO. Przykładowo taki pogląd wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku KIO/1756/10 jak i KIO/1246/10.

W niniejszym przetargu nie jest znana data podpisania umowy, czy też zakończenia procedur przetargowych i odwoławczych. W związku z tym przystępując do postępowania i składając ofertę Wykonawca nie ma wiedzy na temat faktycznej ilości czasu jakim będzie dysponował na realizację zamówienia. Okres ten może bowiem ulec znacznemu skróceniu w przypadku przedłużenia procedury wyboru najkorzystniejszej oferty. Zakres świadczenia do którego zobowiązany będzie Wykonawca pozostanie natomiast ten sam. Określenie terminu realizacji poprzez wskazanie ilości dni/tygodni od dnia zawarcia umowy, wyłącza wskazane ryzyko z uwagi na to że bez względu na to w jakim terminie dojdzie do podpisania umowy, Wykonawca zawsze będzie dysponować tym samym czasem na realizację zadania.

Ponadto tego rodzaju określenie terminu realizacji będzie miało skutek w postaci złożenia przez Wykonawców w wyższym stopniu porównywalnych ofert, gdyż każdy Wykonawca zakładał będzie w swojej ofercie dokładnie taki sam okres czasu na realizację zadania.

2. Wykonawca wnosi o wykreślenie z paragrafu 16 ust. 1 Umowy punktu 21 o następującym brzmieniu: "za niezłożenie przez Wykonawcę wraz ze zgłoszeniem gotowości do odbioru, o którym mowa w par. 15 ust. 5 Umowy kompletnej dokumentacji powykonawczej sporządzonej wg. wzoru stanowiącego załącznik nr 10 do Umowy w wysokości 0,05 % łącznego wynagrodzenia brutto o którym mowa w par 11 ust.2 za każdy rozpoczęty dzień zwłoki.

Zdaniem Wykonawcy Zamawiający w sposób niezgodny z art. 483 §1 k.c. dokonał zastrzeżenia kar umownych we wskazanym wyżej punkcie, poprzez zastrzeżenie tej kary w sposób nieprecyzyjny oraz naruszający zasadę swobody umów.

Z art. 483 kc wynika, że zastrzeżenie kary umownej określać musi zobowiązanie pierwotne i rodzaj jego naruszenia, z którym łączy się obowiązek zapłaty kary oraz oznaczenie sumy pieniężnej, stanowiącej karę umowną. Elementy te określane są jako obligatoryjne czy też przedmiotowo istotne elementy zastrzeżenia kary umownej. (J. Jastrzębski, Kara umowna, Wolters Kluwer 2006). Analiza wskazanego punktu prowadzi do wniosku, że kara umowna została zastrzeżona na wypadek nieterminowego wykonania zobowiązania, z uwagi na jej zastrzeżenie za każdy dzień zwłoki. Podkreślenia wymaga że w umowie nie został określony termin na złożenie wskazanej dokumentacji. W umowie, a w szczególności w par 15 dotyczącym procedury odbioru robót wskazane zostało, że przekazanie dokumentacji powykonawczej stanowi warunek odbioru robót, niemniej z żadnego postanowienia umownego nie wynika, w jakim terminie przedmiotowa

dokumentacja ma zostać przedłożona. W związku z tym nie został określony termin od którego Zamawiający będzie uprawniony do naliczenia kar umownych.

Ponadto w ocenie Wykonawcy zastrzeżona w pkt 21 kara umowna pokrywa się z postanowieniem określonym w par 16 ust 1 pkt 2 w którym przewidziana została kara umowna za zwłokę w wykonaniu obiektu w wysokości 0,1 % łącznego wynagrodzenia brutto określonego w par 11 ust. 2 Umowy za każdy rozpoczęty dzień zwłoki ponad termin określony w par 4 ust. 1 Umowy. Podkreślenia wymaga, że zgodnie z par 15 ust 6 warunkiem dokonania odbioru końcowego robót jest przekazanie przez Wykonawcę kompletnej dokumentacji powykonawczej. Tym samym nie przekazanie tej dokumentacji powoduje odmowę odbioru robót i naliczanie kar umownych na podstawie par 16 ust. 1 pkt 2. Skoro więc przekazanie dokumentacji stanowi warunek dokonania odbioru, interes prawno - finansowy Zamawiającego jest zabezpieczony poprzez określenie kar umownych za zwłokę w wykonaniu robót. Nie przekazanie bowiem dokumentacji powykonawczej będzie miało swój bezpośredni skutek na uruchomienie sankcji wskazanej w par 16 ust. 1 pkt 2 Umowy.

W tym miejscu Wykonawca zaznacza, że kara umowna nie ma służyć wzbogaceniu wierzyciela lecz ma pełnić funkcję motywacyjną dla zobowiązanego a jednocześnie stanowić sankcję za nie wypełnienie zobowiązania.

Mając więc na uwadze wskazane okoliczności, stwierdzić należy, że poprzez wskazanie sankcji za zwłokę w realizacji robót a jednocześnie wskazując w umowie, że warunkiem dokonania odbioru jest przekazanie kompletnej dokumentacji powykonawczej i określanie dodatkowej sankcji za nieterminowe przedłożenie tej dokumentacji jest sprzeczne z celem i funkcją kary umownej, jak również prowadzi do zachwiania równości stron Umowy.