|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| e-mail: sekretariat@zdp.pwz.pl | | www.zdp.pwz.pl | | Opis: Opis: WZ herb |
| **Zarząd Dróg Powiatowych**  **05-850 Ożarów Mazowiecki, ul. Poznańska 300** | | | |
| Tel./Fax (+22) 722-13-80  Tel.. (+22) 722-11-81 | REGON 014900974 | NIP 118-14-20-774 | Konto nr 76 1560 0013 2619 7045 3000 0002  Getin Bank | |

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| Wasz znak: | Nasz znak: Nr pisma:  ZP-26/2018 | Data:  16.10.2018 r. |

Do wszystkich zainteresowanych

Dotyczy postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego nr ZP-26/2018 pn. **„*Rozbudowa drogi powiatowej nr 4123W ul. Kosmowska w zakresie budowy chodnika i odwodnienia – dł. 2350 mb. gm. Stare Babice” – ETAP 1”***

Zamawiający informuje, że 10.10.2018 r., od Wykonawcy wpłynęły pytania następującej treści:

Dotyczy par. 15 ust. 2 pkt. 2 Projektu Umowy – kary umownej za opóźnienie w wykonaniu robót w wysokości 0,1 % wynagrodzenia brutto za każdy dzień opóźnienia przez pierwsze 30 dni i 1,0 % wynagrodzenia brutto za każdy dzień opóźnienia powyżej 30 dni od terminu określonego w par. 3 ust. 2 Projektu Umowy, oznacza, że już kilkunastodniowe opóźnienie w rozpoczęciu robót lub zakończeniu realizacji robót powyżej tego terminu spowoduje naliczenie kar umownych w wysokości kilkunastu procent wynagrodzenia Wykonawcy brutto, co w ocenie Wykonawcy jest sankcją zbyt dotkliwą i nie adekwatną do sytuacji. W doktrynie prawa zamówień publicznych oraz aktualnym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień dominuje pogląd, że ustanowienie 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 obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Stanowisko powyższe znajduje potwierdzenie m in. 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 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 ar. 58 par. 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”. Ponadto w jednym  ze swoich ostatnich orzeczeń (wyrok z 14 stycznia 2016 r., sygn.. akt. IV CSK 223/15) Sąd Najwyższy podkreślił, że obowiązujący w Polsce system zamówień publicznych niejednokrotnie zmusza potencjalnego wykonawcę do oferowania minimalnego wynagrodzenia oraz akceptowania krótkiego terminu realizacji zamówienia (np. budowy obiektu). Wykonawca jest także często zmuszony zaakceptować wysokość kary umownej w wypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. W praktyce prowadzi to często do naruszenia faktycznej równości stron zawieranej umowy, co w ocenie SN jest niedopuszczalne.

Mając powyższe na względzie wnosimy o zmniejszenie i ograniczenie kar umownych z tytułu przekroczenia terminu realizacji do wysokości 0,1 % wynagrodzenia brutto za każdy dzień włoki powyżej terminu określonego w par. 3 ust. 2 Projektu Umowy, co w ocenie Wykonawcy jest i tak wysoką sankcją w ramach w/w zamówienia.

**Zamawiający odpowiada:**

**Ad. 1**

Już na wstępie pytania Wykonawca podaje dane nieprawdziwe. Kilkunastodniowe opóźnienie w realizacji przedmiotu zamówienia skutkować może naliczeniem kary umownej w wysokości maksymalnie 1,9 % a nie jak podaje wykonawca kilkunastu procent. W takiej sytuacji nie można mówić o rażąco wysokich karach umownych. Przywołane w dalszej części pytania wyroki Krajowej Izby Odwoławczej i Sądu Najwyższego rozpatrywać należy do konkretnych sytuacji i zdarzeń tj. ustalania przez zamawianego zbyt wygórowanych kar umownych. Z takimi nie mamy tu do czynienia. Również przykład wyroku odnoszący się do wyznaczania zbyt krótkiego terminu realizacji przedmiotu zamówienia nie jest w tym przypadku adekwatny. Zamawiający zaznacza, że w postępowaniu ustalił termin realizacji do 31.08.2019 r. co uwzględniając zakres przedmiotu zamówienia jest czasem wystarczającym do skutecznej realizacji przedmiotu zamówienia. Wobec tego zamawiający nie przychyla się do prośby wykonawcy.