

Kraków, dnia 29.01.2021 r.
ZDW/PW/2021/630/DN4/AK
zn. sprawy: ZDW-DN-4-271-79/20

Wg rozdzielnika

dotyczy: postępowania w sprawie zamówienia pn. Budowa obwodnicy m. Lisia Góra w ciągu DW 984 – opracowanie dokumentacji projektowej wraz z uzyskaniem decyzji umożliwiających realizację inwestycji, pełnienie nadzoru autorskiego (zn. ZDW-DN-4-271-79/20)

Zamawiający – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie niniejszym zgodnie art. 38 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – *Prawo zamówień publicznych* (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, zwanej dalej ustawą PZP) udziela poniżej odpowiedzi na złożone przez Wykonawców wnioski o wyjaśnienie treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) w przedmiotowym postępowaniu, który wpłynęły do Zamawiającego (numeracja pytań oraz kolejność udzielania odpowiedzi jest ustalona przez Zamawiającego).

Pytanie nr 1

(...) *stoi na stanowisku, że kary powinny być nakładane wyłącznie w sytuacji niedotrzymania terminu umownego z winy Wykonawcy, tj. w sytuacji, za którą Wykonawca ponosił odpowiedzialność i na który to ciąg wydarzeń miał pełny wpływ. Użyte w § 10 ust. 7 a), b), § 10 ust. 10 a), b) oraz § 10 ust. 15 wzoru Umowy określenie „opóźnienie” wskazuje natomiast, że podstawa do nałożenia kar na Wykonawcę może wynikać również z sytuacji niezależnych od Wykonawcy, które ponadto nie zostały wymienione się w katalogu zamkniętym, wskazanym np. w § 11 ust. 2 pkt 2 a)-n) Umowy. W związku z tym Wykonawca zwraca się z prośbą o zmianę zapisów Umowy zawartych w § 10 ust. 7 a), b), § 10 ust. 10 a), b) oraz § 10 ust. 15 poprzez zmianę sformułowania „opóźnienie” na „zwłoka”. W sytuacji braku wyrażenia zgody na zmianę zapisów Umowy, Wykonawca zwraca się z prośbą o wyjaśnienie, czy sformułowanie „opóźnienie” traktowane będzie jako niedotrzymanie terminu wykonania Umowy, które wynika wyłącznie z winy Wykonawcy, tj. z sytuacji, na którą Wykonawca miał pełny wpływ.*

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na modyfikację zapisów § 10 ust. 7 lit. a i b, ust. 10 lit. a i b oraz ust. 15 zał. nr 7 SIWZ (wzór umowy) w sposób wskazany w pytaniu – z uwagi na brak uzasadnienia i potrzeby takiej zmiany przy uwzględnieniu całości treści wzoru umowy.

Zamawiający zwraca uwagę, iż wskazane w pytaniu zapisy wzoru umowy należy czytać łącznie, jako wzajemnie dopełniające się i kształtujące całościowo podstawy nałożenia kar umownych, a wynika z nich, iż odpowiedzialność Wykonawcy w tym kontekście nie jest rozszerzana na okoliczności, które byłyby od niego niezależne. Zapis § 10 ust. 15 wzoru umowy jednoznacznie określa, iż w przypadku wykazania przez Wykonawcę, że dane opóźnienie wynika z przyczyn od niego niezależnych, kary umowne przewidziane na okoliczność zaistnienia opóźnień w wykonaniu przez Wykonawcę poszczególnych obowiązków określonych w § 10 ust. 7 i 10 nie będą naliczane – niniejsza konstrukcja wyczerpuje w ocenie Zamawiającego kwestię relacji zastrzeganych kar umownych do okoliczności będących powodem ich naliczenia. Przedmiotowy zapis wskazuje na konstrukcję nakładania kar analogiczną względem instytucji zwłoki (sankcje mają dotyczyć opóźnień zaistniałych w wyniku okoliczności zawnionych, za które

odpowiedzialność ponosi Wykonawca), przy czym precyzuje, iż ciężar dowodu w zakresie wykazania okoliczności ekskulpacyjnych spoczywa na Wykonawcy.

Ponadto Zamawiający zaznacza, iż kary umowne mają służyć zmotywowaniu Wykonawcy do należytego wykonania umowy, a w szczególności terminowego wykonania przedmiotu umowy. Określenie kar za opóźnienie, a nie za zwłokę, ma na celu wyeliminowanie wątpliwości występujących zazwyczaj przy ocenie, czy mamy do czynienia ze zwłoką. Działający z należytą starannością Wykonawca w przypadku zaistnienia okoliczności niezależnych od niego, które mogą skutkować opóźnieniem w wykonaniu zobowiązań umownych, powinien złożyć umotywowany wniosek o zmianę umowy zgodnie z zapisami § 11 wzoru umowy, który będzie każdorazowo oceniany indywidualnie w kontekście danych okoliczności.

Pytanie nr 2

Wzór Umowy § 6 ust. 3 pkt 3) stanowi, że „W każdym dniu realizacji przedmiotowej umowy przedstawiciel Wykonawcy zobowiązany jest posiadać pisemną listę obecności pracowników”. Biorąc pod uwagę fakt zagrożenia epidemiologicznego i fakt, że większość pracowników pracuje w formie zdalnej (tj. wykonuje pracę z własnego miejsca zamieszkania), Wykonawca zwraca się z prośbą o usunięcie tego zapisu Umowy. W sytuacji braku zgody Zamawiającego na usunięcie tego zapisu Umowy, Wykonawca zwraca się z pytaniem, czy wydruk z systemu ewidencjonującego pracę zdalną może stanowić dokument określany we wzorze Umowy jako „pisemna lista obecności pracowników”? W sytuacji braku zgody Zamawiającego na usunięcie tego zapisu z Umowy, Wykonawca zwraca się również z prośbą o podanie, w jaki sposób pozyskane dane pracowników będą następnie wykorzystywane i administrowane przez Zamawiającego?

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na modyfikację zapisu § 6 ust. 3 pkt 3 zał. nr 7 (wzór umowy) w sposób wskazany w pytaniu – z uwagi na brak uzasadnienia i potrzeby takiej zmiany, przy uwzględnieniu dodatkowo poniższego wyjaśnienia udostępnianego w związku z pytaniem.

Zamawiający informuje, iż w kontekście realizacji obowiązków wynikających z art. 29 ust. 3a ustawy PZP, urzeczywistnianych w ramach zapisów § 6 ust. 3 wzoru umowy, w żadnym razie nie ingeruje w tryb i system pracy przyjmowany / wdrażany przez Wykonawcę / Podwykonawcę w ramach realizacji zamówienia na mocy zawartej umowy. To pracodawca określa system pracy pracowników, w tym miejsce wykonywania przez nich pracy, w co Zamawiający w żaden sposób nie ingeruje i czego nie narzuca. Użyte w § 6 ust. 3 pkt 3 wzoru umowy pojęcie „pisemna lista obecności pracowników” należy interpretować poprzez funkcję i rolę tego dokumentu wynikającą z zapisów umowy, a zatem należy je rozumieć i traktować jako każdy dokument wskazujący / potwierdzający fakt świadczenia pracy (w kontekście wykonywania poszczególnych czynności w ramach realizacji zamówienia) w danym momencie czasowym (dniu) przez pracowników Wykonawcy / Podwykonawcy, bez względu na tryb jej świadczenia, w tym np. przywołany w pytaniu wydruk z systemu ewidencjonującego pracę zdalną.

Zamawiający podkreśla również, iż wskazane w § 6 ust. 3 pkt 3 wzoru umowy dokumenty w postaci aktualnego pisemnego wykazu pracowników Wykonawcy i / lub Podwykonawców oraz pisemnej listy obecności pracowników mają być udostępniane / okazywane jedynie do wglądu i jedynie w przypadku wystosowania żądania tegoż ze strony Zamawiającego (w ramach zastosowania dodatkowych mechanizmów weryfikacyjnych i kontrolnych). Okazywane dokumenty mogą być w niezbędnym zakresie anonimizowane (zgodnie z obowiązującymi przepisami). Przedmiotowe informacje nie będą w żaden sposób pobierane i gromadzone przez Zamawiającego, w związku z czym nie będzie zachodzić sytuacja i ryzyko jakiegokolwiek późniejszego ich wykorzystywania.

Pytanie nr 3

W związku z zapisem Umowy § 11 ust. 2 pkt 11) w zakresie „Zamawiający przewiduje możliwość zmian umowy, o których mowa w art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, które mogą dotyczyć w szczególności następujących przypadków: (...) ust. 2 pkt 11) zmiany postanowień umowy korzystne z punktu widzenia realizowanego zamówienia, jego społeczno-gospodarczego przeznaczenia, czy interesu społecznego lub interesu Zamawiającego jako dysponenta środków publicznych, a polegające m.in. na możliwości ograniczenia zakresu przedmiotowego umowy na skutek okoliczności niemożliwych wcześniej do przewidzenia, obniżenia wynagrodzenia umownego w przypadku ograniczenia zakresu przedmiotowego umowy, modyfikacji zasad płatności wynagrodzenia umownego w związku z realizacją płatności w ramach programów zewnętrznych lub potrzebą wydatkowania środków budżetowych ujętych w planie rzeczowo-finansowym Zamawiającego z uwagi na zamknięcie danego roku budżetowego, czy zaistnieniem innej okoliczności uzasadniającej wprowadzenie takiej modyfikacji” Wykonawca nie znajduje uzasadnienia dla możliwości zmniejszenia wynagrodzenia umownego po zaistnieniu przytoczonych przesłanek, tj. w sytuacji, za którą Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności. Koszty Wykonawcy, wynikające z realizacji przedmiotu Umowy nie ulegną analogicznemu zmniejszeniu w sytuacji spełnienia się przytoczonych przesłanek, umożliwiających Zamawiającemu obniżenie wynagrodzenia Wykonawcy. Wykonawca zwraca zatem uwagę, iż potencjalne obniżenie wynagrodzenia z tytułu realizacji niniejszej Umowy skutkować będzie utratą rentowności projektu oraz możliwością zaistnienia problemów finansowych Wykonawcy. To z kolei może mieć wpływ na możliwość realizacji pozostającego przedmiotu Umowy oraz innych projektów, realizowanych u tego samego Zamawiającego. Jednocześnie, z uwagi na to, że przytoczony fragment Umowy ma charakter ogólny, nie wskazuje np. na maksymalny poziom potencjalnego obniżenia wynagrodzenia Wykonawcy z tytułu przedmiotu Umowy, kryteriów obniżenia wynagrodzenia czy katalogu sytuacji warunkujących wspomniane obniżenie wynagrodzenia, aspektu tego nie należy traktować jako ryzyko biznesowe po stronie Wykonawcy przystępującego do wykonania przedmiotu Umowy, ponieważ na tym etapie i przy takich zapisach umownych, wielkość i prawdopodobieństwo wystąpienia tego ryzyka Wykonawca nie jest w stanie rzetelnie określić. Wykonawca zwraca się zatem z prośbą o usunięcie tej części Umowy. W przypadku braku wyrażenia zgody Zamawiającego na usunięcie tej części Umowy, Wykonawca zwraca się z prośbą o jej interpretację i wskazanie procentowego poziomu maksymalnego obniżenia wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku zaistnienia przesłanek wskazanych w § 11 ust. 2 pkt 11. Jednocześnie w sytuacji braku wyrażenia zgody Zamawiającego na usunięcie tego zapisu Umowy, Wykonawca zwraca się do Zamawiającego z prośbą o podanie podstawy prawnej dla możliwości obniżenia wynagrodzenia umownego w przypadku ograniczenia zakresu przedmiotowego umowy, modyfikacji zasad płatności wynagrodzenia umownego w związku z realizacją płatności w ramach programów zewnętrznych lub potrzebą wydatkowania środków budżetowych ujętych w planie rzeczowo-finansowym Zamawiającego z uwagi na zamknięcie danego roku budżetowego, czy zaistnieniem innej okoliczności uzasadniającej wprowadzenie takiej modyfikacji. Wykonawca zwraca się z prośbą o przedstawienie kryteriów, które warunkować będą obniżenie wynagrodzenia oraz katalogu sytuacji, w których może nastąpić obniżenie wynagrodzenia Wykonawcy bądź ograniczenie zakresu przedmiotu zamówienia.

Odpowiedź:

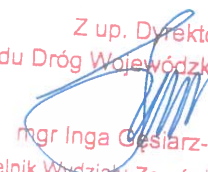
Zamawiający nie wyraża zgody na modyfikację zapisu § 11 ust. 2 pkt 11 zał. nr 7 SIWZ (wzór umowy) w sposób wskazany w pytaniu – z uwagi na brak uzasadnienia i potrzeby takiej zmiany.

Zamawiający wskazuje, iż przywołany w pytaniu zapis nie kreuje po stronie Zamawiającego uprawnienia do jednostronnej zmiany treści umowy obejmującej obniżenie wynagrodzenia umownego, ale jedynie wskazuje okoliczności, które mogą umożliwić dokonanie określonej modyfikacji treści umowy (poprzez przewidzenie wskazanych sytuacji – w kontekście wymogu

wynikającego z art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP). Wskazuje się, iż przewidywana możliwość zmiany wysokości (obniżenia) wynagrodzenia umownego (zmiana wartościowa) powiązana jest i stanowi bezpośrednią konsekwencję zmiany przedmiotowej, tzn. ograniczenia zakresu przedmiotowego umowy, która może zostać dokonana w przypadku zaistnienia niemożliwych do wcześniejszego przewidzenia lub nieznanych wcześniej i niezależnych od stron umowy okoliczności powodujących niemożliwość, niecelowość, zbędność, czy bezzasadność realizacji poszczególnych elementów przedmiotu zamówienia, np. na skutek uzgodnień i decyzji administracyjnych niezależnych od Wykonawcy i Zamawiającego. Dopełnieniem niniejszego zapisu są zapisy § 11 ust. 2 pkt 8 lit. f oraz § 2 ust. 10 wzoru umowy, które określają mechanizm, sposób i zakres zmiany polegającej na obniżeniu wynagrodzenia umownego (mogącej odnosić się do wartości niezrealizowanych (wyłączanych z umowy) elementów przedmiotu zamówienia / niewykonanych zakresów przedmiotu umowy, ustalanych w oparciu o treść Wyceny). Jednocześnie podkreśla się, iż zgodnie z zapisem § 11 ust. 3 wzoru umowy zmiana umowy może nastąpić wyłącznie na podstawie pisemnego aneksu, czyli zgodnych oświadczeń woli złożonych przez obie strony umowy, czyli po uzgodnieniu warunków wprowadzania danej zmiany przez strony umowy na podstawie i zgodnie z jej zapisami.

Zamawiający informuje, że podstawę prawną zapisu § 11 ust. 2 pkt 11 wzoru umowy stanowią przepisy art. 36 ust. 1 pkt 16 oraz art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP, które przyznają Zamawiającemu prawo do kreowania warunków umownych w ramach treści SIWZ. Nadmieniamy również, iż przedmiotowy zapis stanowi wyraz dbałości i przejaw racjonalnego, należytego gospodarowania finansami publicznymi, do działania wedle których to zasad zobligowany jest Zamawiający. Zamawiający nie może ponosić wyłącznego ryzyka za wszelkie zdarzenia niezależne od Zamawiającego, a niemożliwe do przewidzenia przed zawarciem umowy oraz z punktu widzenia wymogów gospodarowania środkami publicznymi nie powinien finansować prac niewykonanych (nierealizowanych), stąd też w ramach zapisów umowy przewidziane zostały możliwości dokonania następczej zmiany treści umowy o charakterze przedmiotowo-wartościowym. W ocenie Zamawiającego przedmiotowe postanowienia umowne nie naruszają przepisów obowiązującego prawa oraz nie wprowadzają nieuzasadnionej, czy niedopuszczalnej nierównowagi stron stosunku prawnego.

Niniejsze pismo staje się częścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Z up. Dyrektora
Zarządu Dróg Wojewódzkich w Krakowie

mgr Inga Ciesiarz-Nowak
Naczelnik Wydziału Zamówień Publicznych