

Kraków, 05.01.2021 r.
ZDW/PW/2021/ 37 /DN-4/AN
zn. sprawy: ZDW-DN-4-271-82/20

Wg rozdzielnika

dotyczy: postępowania w sprawie zamówienia pn. Modernizacja odcinków dróg wojewódzkich i obiektów mostowych – przebudowa DW 973 od mostu w m. Borusowa do nowoprojektowanej obwodnicy w m. Hubenice (nr ZDW-DN-4-271-82/20)

- I. Zamawiający – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie na podstawie 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, które wpłynęły do Zamawiającego (numeracja pytań oraz kolejność udzielania odpowiedzi jest ustalona przez Zamawiającego):

Pytanie nr 2:

Dotyczy wzór umowy §4 ust.2: Wnosimy o modyfikację zapisu, iż wysokość wynagrodzenia brutto może ulec zmianie w przypadku zmiany stawki VAT. Zmiana stawki VAT - jak podnosi zarówno KIO, jak również sądy powszechne (w tym SN) - jest okolicznością niezależną od Stron i nie można przerzucać na Wykonawcę - straty związanej ze wzrostem podatku.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na postulowaną modyfikację zapisu § 4 ust. 2 wzoru umowy (zał. nr 7 SIWZ).

Podkreśla się, iż przedmiotowy zapis nie narusza obowiązujących przepisów prawa – w szczególności tego typu klauzula waloryzacyjna nie jest wymagana na gruncie umów zawieranych na okres krótszy niż 12 miesięcy (*a contrario* przepis art. 142 ust. 5 ustawy PZP). Zamawiający informuje, że w § 4 ust. 2 wzoru umowy wyraźnie wskazano, że wynagrodzenie brutto określone w § 4 ust. 1 wzoru umowy nie ulegnie zmianie przez cały czas trwania umowy. Umowa nie przewiduje również żadnych klauzul waloryzacyjnych z uwagi na relatywnie nieodległy termin (nieługi okres) realizacji zamówienia. Mając powyższe na uwadze Zamawiający informuje, iż ustawowa zmiana stawki podatku VAT (tj. jej zwiększenie) nie będzie powodowała / umożliwiała podwyższenia wynagrodzenia umownego.

Pytanie nr 3:

Dotyczy wzór umowy § 4 ust. 12: Wnosimy o modyfikację zapisu, iż zabezpieczenie staje się własnością Zamawiającego w części niezbędnej do zgodnego z umową wykonania robót i pokrycia roszczeń z tytułu rękojmi.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na postulowaną modyfikację zapisu § 4 ust. 12 wzoru umowy (zał. nr 7 SIWZ) z uwagi na brak uzasadnienia i potrzeby takiej zmiany.

Zamawiający informuje, iż zgodnie z ustawowo przyznanymi uprawnieniami Zamawiający ma możliwość zatrzymania całego zabezpieczenia należytego wykonania umowy w momencie zaistnienia okoliczności / sytuacji zabezpieczonej tą instytucją, natomiast jeżeli po ustaleniu

ostatecznie zakresu i poziomu zaspokojenia posiadanych z tego tytułu roszczeń (np. po usunięciu skutków nienależytego wykonania zamówienia lub niewykonania zobowiązań z tytułu rękojmi) pozostaną niewykorzystane w tym celu środki z zabezpieczenia Zamawiający będzie zobowiązany je rozliczyć (w tym zwrócić środki niewykorzystane).

Pytanie nr 4:

Dotyczy wzór umowy §5 ust. 7: Prosimy o udzielenie odpowiedzi na pytanie w jakiej odległości od terenu budowy znajduje się najbliższa jednostka terenowa Zamawiającego?

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, iż najbliższa jednostka terenowa Zamawiającego znajduje się w m. Sieradza (adres: 33-240 Sieradza 229), w odległości do 25 km od terenu budowy.

Pytanie nr 5:

Dotyczy wzór umowy § 5 ust. 13: Prosimy o udzielenie odpowiedzi na pytanie w jakim terminie nastąpi ewentualna akceptacja przez Zamawiającego materiałów?

Odpowiedź:

Wykonawca dokona zgłoszenia materiału do akceptacji Zamawiającego w trybie określonym w § 5 ust. 13 wzoru umowy w terminie nie krótszym niż 14 dni przed jego wbudowaniem i jest to okres, w którym Zamawiający ma czas na zgłoszenie ewentualnych uwag lub akceptację materiału.

Pytanie nr 6:

Dotyczy wzór umowy § 5 ust. 17 pkt 9 a):Wnosimy o modyfikację i dodanie zapisu, iż zmiana pracownika na żądanie Zamawiającego będzie możliwa w stosunku do pracownika, który nadal nienależycie wykonuje prace pomimo uprzedniego pisemnego wezwania Zamawiającego.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę wskazanego w pytaniu zapisu § 5 ust. 17 pkt 9 lit. a wzoru umowy (zał. nr 7 SIWZ) w sposób tam wskazany – z uwagi na brak uzasadnienia i potrzeby takiej zmiany.

Zamawiający wskazuje, iż postanowienia umowne nie ustanawiają wymogu uzyskania przez Wykonawcę zgody Zamawiającego na nawiązanie / rezygnację ze współpracy, czy zmianę pracownika w toku realizacji zamówienia (Zamawiający nie ingeruje w swobodę jego działania w tym zakresie), a jedynie nakłada na Wykonawcę określone obowiązki informacyjne w tym zakresie, mające na celu potwierdzenie spełniania zapisów SIWZ (powiązanych z regulacją dotyczącą tzw. klauzuli zatrudnienia z art. 29 ust. 3a ustawy PZP realizowaną poprzez stosowne postanowienia SIWZ i umowy). Jediną sytuacją, która upoważnia Zamawiającego do ingerencji w stosunek pomiędzy Wykonawcą a jego pracownikami (poprzez prawo żądania zmiany pracownika wykonującego prace objęte przedmiotem zamówienia), jest nienależyte wykonywanie prac przez pracownika (§ 5 ust. 17 pkt 9 lit. a), przy czym zapis ten stosowany ma być w wyjątkowych sytuacjach, jako ostateczność (gdy brak jest innej możliwości gwarantującej wykonanie zapisów umowy). Zamawiający nie widzi potrzeby uszczegóławiania tego zapisu o wprowadzenie dodatkowej procedury związanej z uprzednim wezwaniem.

Pytanie nr 7:

Dotyczy wzór umowy § 6 ust. 2: Prosimy o udzielenie odpowiedzi na pytanie czy Zamawiający wydłuży 14 dniowy termin na usunięcie wad w przypadku gdy rodzaj wad/technologia ich usuwania będą wymagały ustalenia dłuższego terminu na ich usunięcie?

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, iż we wzorze umowy znajduje się określenie ogólnych (standardowych) terminów na usunięcie wad i usterek, przy czym terminy te wskazane zostały na okoliczność niewyznaczenia w danej sprawie terminu indywidualnego. Zamawiający potwierdza zatem, iż biorąc pod uwagę charakter wady i wymogi technologiczne jej usunięcia uzasadniające wskazanie terminu dłuższego, niż terminy ogólne wskazane w umowie, wyznaczony w konkretnej sprawie termin konieczny na jej usunięcie będzie dostosowany do przedmiotu wady, co będzie przedmiotem bieżących uzgodnień na gruncie współpracy umownej.

Pytanie nr 8:

Dotyczy wzór umowy § 7 ust. 1: Wnosimy o dodanie możliwości przeprowadzania odbiorów częściowych.

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, iż nie wyraża zgody na zmianę wskazanych w pytaniu zapisów § 7 ust. 1 wzoru umowy (zał. nr 7 SIWZ) w sposób tam wskazany.

Zamawiający nie przywidyje dokonywania w toku realizacji niniejszego zadania odbiorów częściowych.

Pytanie nr 9:

Dotyczy wzór umowy §10 ust. 1 pkt. e) Wnosimy o usunięcie zapisu lub modyfikację, iż Zamawiający może od umowy odstąpić, jeżeli Wykonawca pomimo pisemnego wezwania do wypełnienia obowiązku nie dostarczył dokumentów potwierdzających zawarcie wymaganych umów ubezpieczeń.

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, iż nie wyraża zgody na usunięcie wskazanego w pytaniu zapisu § 10 ust. 1 lit. e wzoru umowy.

Zamawiający nadmienia, iż zawarcie stosownych umów ubezpieczeń / posiadanie wymaganych zgodnie z zapisami SIWZ polis ubezpieczeniowych oraz udostępnienie Zamawiającemu dokumentów potwierdzających niniejsze stanowi umowne zobowiązanie Wykonawcy, którego wypełnienie jest istotne i ważne w kontekście możliwości prowadzenia robót budowlanych na terenie budowy (z uwagi choćby na ewentualność zaistnienia, czy wyrządzenia szkód oraz ochronę mienia publicznego i prywatnego).

Pytanie nr 10:

Dotyczy wzór umowy §10 ust.3 Wnosimy o modyfikację zapisu kara za zwłokę/ opóźnienie i kara za odstąpienie od umowy nie podlegają kumulacji. Zgodnie z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 3 lipca 2008 r. (sygn. akt: V ACa 199/08) nie jest dopuszczalnym kumulowanie kary umownej za odstąpienie od umowy z karą za opóźnienie/zwłokę w terminowym zakończeniu zadania.

Odpowiedź:

Na wstępie Zamawiający informuje, iż § 10 ust. 3 wzoru umowy nie dotyczy kwestii kar umownych, wobec czego Zamawiający domniemuje, iż pytanie odnosi się do zapisów § 10 ust. 8 wzoru umowy.

Zamawiający nie wyraża zgody na modyfikację zapisów § 10 ust. 8 zał. nr 7 SIWZ (wzór umowy) w sposób wskazany w pytaniu – z uwagi na brak uzasadnienia i potrzeby takiej zmiany.

Zamawiający nie uważa, iżby w sytuacji określenia w umowie limitu (łączniej maksymalnej wysokości) kar umownych (zgodnie z zapisem § 10 ust. 8 zdanie ostatnie) potrzebnym były zapisy odnoszące się do kwestii kumulacji kar z poszczególnych tytułów. Niezależnie od powyższego Zamawiający nadmienia, iż interpretacja problematyki kar umownych obecna

w orzecznictwie i doktrynie generalnie nie wyłącza możliwości kumulowania kar umownych z różnych tytułów.

Pytanie nr 11:

Dotyczy wzór umowy §10 ust.6 pkt. a): Wnosimy o modyfikację „na koszt strony z której przyczyny nastąpiło odstąpienie”.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na wskazaną w pytaniu modyfikację zapisu § 10 ust. 6 lit. a zał. nr 7 SIWZ (wzór umowy).

Pytanie nr 12:

Dotyczy wzór umowy §10 ust.8 pkt a): Wnosimy o zmianę na kary na karę za zwłokę. Wykonawca nie może odpowiadać za opóźnienia w dotrzymaniu terminów umownych zależne np. od Zamawiającego. Na poparcie niniejszego stanowiska można wskazać wyrok SN z dnia z 17.06.2003 r.. III CKN 122/01: “Kara umowna ma na celu naprawienie szkody poniesionej przez wierzyciela na skutek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. W art. 483 § 1 k.c. wyraźnie mowa jest o naprawieniu szkody, które następuje przez zapłatę kary umownej, a w art. 484 § 1 k.c. ustawodawca wskazuje, że kara umowna należy się bez względu na wysokość poniesionej szkody. Ustawowe określenie "bez względu na wysokość poniesionej szkody" nie może być utożsamiane z określeniem "niezależnie od poniesienia szkody".

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na modyfikację zapisu § 10 ust. 8 lit. a 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 uzupełnieniem zapisu wskazanego w pytaniu jest zapis § 10 ust. 14 wzoru umowy, który 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. 8 nie będą naliczane. Niniejsza konstrukcja wyczerpuje w ocenie Zamawiającego kwestię relacji zastrzeganych kar umownych do okoliczności będących powodem ich naliczenia.

Pytanie nr 13:

Dotyczy wzór umowy §10 ust.8 pkt b): Wnosimy o zmianę na kary na karę za zwłokę. Wykonawca nie może odpowiadać za opóźnienia w dotrzymaniu terminów umownych zależne np. od Zamawiającego. Wnosimy również o zmianę wysokości kary do 0,1% stosowanej przez Zamawiającego w podobnych zamówieniach.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na modyfikację zapisu § 10 ust. 8 lit. b 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 uzupełnieniem zapisu wskazanego w pytaniu jest zapis § 10 ust. 14 wzoru umowy, który 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. 8 nie będą naliczane. Niniejsza konstrukcja wyczerpuje w ocenie Zamawiającego kwestię relacji zastrzeganych kar umownych do okoliczności będących powodem ich naliczenia.

Ponadto Zamawiający nie uważa, iżby określona w ramach tego zapisu kara była zbytnio wygórowana, czy niewspółmierna – wobec przedmiotu niniejszego zamówienia.

Pytanie nr 14:

Dotyczy wzór umowy §10 ust.8 pkt c): Wnosimy o zmianę wysokości kary za odstąpienie do 10 % wynagrodzenia, która jest powszechnie przyjęta w tego typu zamówieniach i nie narusza zasady miarkowania kar umownych.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na modyfikację zapisu § 10 ust. 8 lit. c zał. nr 7 SIWZ (wzór umowy) w sposób wskazany w pytaniu.

Zamawiający nie uważa, iżby określona w ramach tego zapisu kara była zbyt wygórowana, czy niewspółmierna – wobec przedmiotu niniejszego zamówienia.

Pytanie nr 15:

Prosimy o wyjaśnienie czy w przypadku gdy nazwy podwykonawców nie są znane na etapie składania oferty Zamawiający dopuszcza określenie jedynie zakresów planowanych do powierzenia ewentualnym podwykonawcom, a w miejscu nazwa firmy podana była by informacja „podwykonawca nie znany na tym etapie” przy założeniu, że wykonawca nie polega na zasobach danych firm.

Odpowiedź:

Zamawiający wskazuje, iż zgodnie z zapisami cz. I pkt 9 SIWZ – cz. opisowa oraz pkt 6.8. wzoru oferty (zał. nr 2 SIWZ) Wykonawca winien wskazać w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom oraz podać firmy podwykonawców (którym przedmiotowe części zamówienia miałyby zostać powierzone), jeżeli są mu znane.

W przypadku zatem, jeżeli na etapie składania ofert Wykonawca nie zna jeszcze nazw / firm konkretnych podwykonawców, którym części zamówienia deklarowane / wskazane do wykonania w podwykonawstwie miałyby zostać powierzone (przy założeniu, że Wykonawca nie polega na zasobach danych firm – tzw. podmiotów trzecich), może on w ofercie określić jedynie zakres zamówienia planowany do powierzenia ewentualnym podwykonawcom (tzn. wskazać części zamówienia, których miałyby być wykonywane w podwykonawstwie), natomiast w miejscu przewidzianym na wskazanie nazwa firmy oświadczyć / poinformować, iż podwykonawca nie jest znany / podwykonawcy nie są znani na tym etapie.

II. Ponadto Zamawiający informuje, iż na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy PZP, w związku z wprowadzonymi w grudniu 2020 r. zmianami systemowymi i modyfikacjami funkcjonalności w ramach systemu miniPortal (w szczególności zmianą sposobu szyfrowania i deszyfrowania ofert składanych drogą elektroniczną przy wykorzystaniu tego systemu), niniejszym dokonuje zmiany treści zał. nr 9 SIWZ – komunikacja elektroniczna w postępowaniu.

W załączeniu do niniejszego pisma udostępnia się zamienny zał. nr 9 SIWZ – komunikacja elektroniczna w postępowaniu (oznaczony datą 05.01.2021 r.), uwzględniający kontekst zmian dokonanych w funkcjonowaniu systemu miniPortal.

Niniejsze pismo staje się częścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Z up. Dyrektora
Zarządu Dróg Wojewódzkich w Krakowie

mgr Inga Gęstarcz-Nowak
Naczelnik Wydziału Zamówień Publicznych