

Kraków, dnia 17.01.2020 r.
ZDW/PW/2020/398 /DN-4/JSS
znak sprawy: ZDW-DN-4-271-85/19

Wg rozdzielnika

dotyczy: postępowania w sprawie zamówienia Zabezpieczenie osuwisk w ciągu DW 975 wraz z budową mostu w m. Gródek nad Dunajcem (nr ZDW-DN-4-271-85/19)

W odpowiedzi na złożone przez Wykonawców wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ w niniejszym postępowaniu Zamawiający – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie na podstawie art. 38 ust. 1, 1a 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 odpowiedzi na następujące pytania (numeracja pytań oraz kolejność udzielania odpowiedzi jest ustalona przez Zamawiającego):

Pytanie nr 66:

SIWZ zał. nr 7 – wzór umowy – par. 6 ust. 4 – określa definicję wady istotnej, powodującej brak możliwości dokonania odbioru końcowego przeprowadzanego wg zasad określonych w par. 7 ust. 3. Przy takim ukształtowaniu treści umowy, zdaniem Wykonawcy, każda nawet najmniejsza wada (usterka), polegająca na niezgodności z Opisem Przedmiotu Zamówienia (OPZ) będzie miała charakter wady istotnej, co powoduje, że tak zdefiniowane zapisy umowy będą w praktyce oznaczały odbiór końcowy bezusterkowy, tym bardziej iż w treści wzoru umowy brak jest definicji wady nieistotnej. Nadmienić należy, iż podczas odbioru końcowego na niemal każdej inwestycji stwierdzane jest występowanie nieznaczących i nieistotnych usterek, takich jak: punktowe uszkodzenia betonowej galanterii drogowej (np.: krawężniki, korytka, kostka, itp.), drobne niedoskonałości obsiania skarp mieszanką traw lub zbyt mały wzrost trawy, zanieczyszczone/zbrudzone pobocza lub nawierzchnia drogi, punktowe, lokalne uszkodzenia humusowania powierzchni skarp i rowów, itp. usuwane przez Wykonawców po odbiorze końcowym i niestanowiące przeszkody w prawidłowym użytkowaniu drogi. W przypadku pozostawienia treści wzoru umowy bez zmian w tym zakresie wszystkie tego typu usterki będą miały charakter wady istotnej, ponieważ w każdym przypadku stanowią niezgodność z OPZ.

Mając na uwadze konieczność zachowania zgodności wzoru umowy z treścią art. 647 KC a także jednolitego orzecznictwa sądów w tym zakresie, proszę o uzupełnienie treści definicji wady istotnej, poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

„4. Za wadę istotną uznaje się w szczególności niespełnienie wymagań zawartych w OPZ oraz powodującą brak możliwości użytkowania przedmiotu zamówienia (powodującą brak możliwości uzyskania Decyzji administracyjnej zezwalającej na użytkowanie).

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na modyfikację zapisu § 6 ust. 4 wzoru umowy w sposób wskazany w pytaniu – z uwagi na brak zdaniem Zamawiającego takiej potrzeby.

W ocenie Zamawiającego kwestia dokonywania odbioru końcowego jest uregulowana precyzyjnie, w szczególności zawiera odesłanie do zapisu § 7 ust. 3 wzoru umowy, z którego wyraźnie wynika, iż przyczyną niedokonania odbioru jest stwierdzenie istotnych wad w przedmiocie zamówienia zgłoszonego Zamawiającemu przez Wykonawcę – *a contrario* rozumie się, iż wady nieistotne nie

wstrzymują procesu odbiorowego. Zamawiający wyjaśnia, iż w sytuacji, gdy po zgłoszeniu gotowości odbiorowej stwierdzone zostanie istnienie istotnych wad w wykonanym przedmiocie umowy, odbiór końcowy zgodnie z zapisami umowy nie nastąpi, ale zaktualizuje się wówczas obowiązek ich usunięcia przez Wykonawcę. W przypadku zaistnienia takiej sytuacji odbiór przedmiotu umowy będzie mógł nastąpić dopiero po ponownym zgłoszeniu przez Wykonawcę przedmiotu umowy do odbioru i dokonaniu przez Zamawiającego weryfikacji poprawności usunięcia stwierdzonych wcześniej wad. A zatem zdaniem Zamawiającego zapisy umowy są jasno, precyzyjnie określone i nie naruszają wskazanych w pytaniu przepisów KC.

Pytanie nr 67:

SIWZ zał. nr 7 – wzór umowy – par. 10 ust. 1 lit. c) – określa jedną z okoliczności stanowiących podstawę do odstąpienia od umowy przez Zamawiającego, polegającą na przerwie w realizacji robót, z przyczyn za które odpowiedzialny jest Wykonawca, trwającą ponad 3 dni.

Określenie długości przerwy w realizacji na tak krótki okres (zaledwie powyżej 3 dni kalendarzowych, w tym soboty, niedziele i święta) spowoduje w praktyce niemal pewne wystąpienie podstawy do odstąpienia przez Zamawiającego, bez względu na faktyczny stopień nienależytego wykonywania umowy przez Wykonawcę w tym zakresie.

W dotychczasowej praktyce Zamawiający określał okres takiej przerwy na 28 dni kalendarzowych, co miało racjonalne podstawy i uzasadnienie w dotychczasowych realizacjach, dlatego proszę o zmianę zapisów wzoru umowy, poprzez przywrócenie terminu 28 dni kalendarzowych przerwy w robotach na skutek okoliczności za które odpowiedzialny jest Wykonawca, jako podstawy do odstąpienia od umowy.

Nadmienić należy również, iż w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający przewidział stosunkowo długi okres na realizację wynoszący min. do 27.10.2021 r. i max. do 28.11.2021 r. (skrócenie okresu realizacji jest jednym z kryteriów oceny ofert), a więc realnie około 22-23 miesięcy, zakładając, że rozpoczęcie realizacji nastąpi w lutym 2020 r.

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, iż niniejszym dokonuje zmiany zapisu § 10 ust. 1 lit. c wzoru umowy – zał. nr 7 SIWZ w zakresie modyfikacji (wydłużenia) wskazanego tam terminu (okresu sankcjonowanej zastrzeżonym prawem odstąpienia od umowy przerwy) z 3 do 10 dni.

Biorąc powyższe pod uwagę w załączeniu do niniejszego pisma udostępnia się zamienną str. 11 zał. nr 7 SIWZ – WZÓR UMOWY (oznaczoną datą 17.01.2020 r.) uwzględniającą wprowadzoną zmianę.

W ocenie Zamawiającego z uwagi na złożony charakter robót budowlanych oraz sąsiedztwo zabudowy w trakcie realizacji robót budowlanych teren, na którym realizowana będzie inwestycja, winien być objęty szczególnym i bieżącym nadzorem ze strony Wykonawcy. Zdaniem Zamawiającego brak jest uzasadnienia dla wskazania w § 10 ust. 1 lit. c wzoru umowy terminu (okresu sankcjonowanej przerwy) dłuższego niż 10 dni, co ma wpływać jednocześnie na minimalizowanie ryzyka wystąpienia zagrożeń.

Pytanie nr 74:

SIWZ zał. nr 7 – wzór umowy – par.5 ust. 1 – proszę o potwierdzenie, że Zamawiający jest właścicielem terenu, na którym zaprojektowane zostały roboty budowlane będące przedmiotem zamówienia, oraz że zamierza przekazać Wykonawcy cały i kompletny teren budowy w terminie do 14 dni od zawarcia umowy.

Odpowiedź:

Zamawiający informuje iż zakres inwestycyjny obejmuje obszar objęty decyzją Wojewody Małopolskiego nr 07/2019 o zezwoleniu na realizację inwestycji drogowej (ZRID) (zn. WI XI.7820.1.70.2018.JG z dnia 28.02.2019 r.), która została udostępniona w materiałach przetargowych na gruncie niniejszego postępowania. Na podstawie tej decyzji realizowane będą

prace objęte przedmiotem zamówienia i jednocześnie decyzja ta reguluje kwestię nieruchomości niezbędnych do realizacji niniejszej inwestycji. Mając powyższe na uwadze Zamawiający podtrzymuje zapisy § 5 ust. 1 wzoru umowy (zał. nr 7 SIWZ), tzn. określony tam obowiązek przekazania terenu budowy w terminie 14 dni od daty zawarcia umowy.

Pytanie nr 92:

Czy Zamawiający wykreślił ust. 5 w § 4 wzoru umowy ograniczający pokrycie przez Zamawiającego zwiększonych kosztów wykonania zamówienia do max 50%, jako że jest on niezgodny z bezwzględnie obowiązującym art. 142 ust. 5 pzp, jako że trudno uznać ww. ograniczenie odpowiedzialności „za odpowiednią zmianę wynagrodzenia”, o której mowa w ww. przepisie?

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, iż nie wyraża zgody na zmianę zapisu § 4 ust. 5 wzoru umowy (zał. nr 7 SIWZ) w sposób wskazany w pytaniu.

Zamawiający wskazuje, iż art. 142 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp statuuje jedynie obowiązek określenia w umowie zawartej na okres dłuższy niż 12 miesięcy postanowień o zasadach wprowadzenia odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy w przypadku zmiany stawki VAT, o ile zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia. Przedmiotowy przepis nie wymaga i nie statuuje obowiązku przejęcia przez Zamawiającego całości odpowiedzialności (ryzyka) z tytułu wystąpienia tych zmian, ani też nie wskazuje, aby automatycznie wynagrodzenie Wykonawcy musiało wzrosnąć o tyle, o ile wzrasta stawka podatku VAT (tzn. aby 100 % zwiększonych z tego tytułu kosztów musiał ponieść Zamawiający poprzez podwyższenie wynagrodzenia Wykonawcy) – przepis ten wcale nie wymaga, aby Zamawiający zobowiązany był samodzielnie ponieść ten ciężar, przez co nie stoi on na przeszkodzie możliwości uregulowania tej kwestii w sposób rozkładający obciążenia na obie strony umowy. Zdaniem Zamawiającego, skoro zmiana stawki podatku VAT jest okolicznością niezależną od stron umowy, to ryzyko poniesienia związanych z tym kosztów powinno być rozłożone po połowie na obydwie strony umowy. Nadmienia się również, iż powszechną praktyką na gruncie systemu zamówień publicznych jest rozkładanie ciężarów (ryzyk) w zakresie waloryzacji określonej w art. 142 ust. 5 ustawy PZP na obie strony stosunku umownego.

Pytanie nr 93:

Proszę o potwierdzenie czy § 4 ust. 16 wzoru Umowy należy rozumieć w ten sposób, iż zabezpieczenie staje się własnością Zamawiającego jedynie w części odpowiadającej wartości jego rzeczywistych roszczeń podlegających zaspokojeniu z tego zabezpieczenia?

Odpowiedź:

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). Ponadto Zamawiający informuje, iż uzyskanie (uruchomienie) zabezpieczenia należytego wykonania umowy – w razie zaistnienia sytuacji uprawniającej do takiego działania – nastąpi poprzez zajęcie kwoty zabezpieczenia, tzn. zajęcie środków pieniężnych zdeponowanych na koncie bankowym albo wystąpienie o wypłatę z gwarancji.

Pytanie nr 94:

Prosimy o potwierdzenie, że w przypadku gdy termin 7-dniowy określony w § 6 ust. 2 wzoru umowy oraz termin 14-dniowy określony w § 10 ust. 11 wzoru umowy będzie zbyt krótki biorąc pod uwagę

charakter wady i wymogi technologiczne jej usunięcia, Zamawiający uzgodni z Wykonawcą dłuższy, stosowny termin jej usunięcia?

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 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 95:

Czy Zamawiający uzupełni § 10 ust. 1 lit. b) poprzez dodanie na końcu sformułowania: „z przyczyn, za które ponosi odpowiedzialność”?

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na dodanie w § 10 ust. 1 lit. b) wzoru umowy (zał. nr 7 SIWZ) wskazanego w pytaniu zapisu w proponowanym brzmieniu.

Pytanie nr 96:

Czy Zamawiający uzupełni § 10 ust. 1 lit. b) - c) oraz e) i g) wzoru umowy przez dodanie sformułowania, iż odstąpienie od umowy przez Zamawiającego może nastąpić po uprzednim pisemnym wezwaniu wykonawcy z wyznaczeniem mu dodatkowego terminu na usunięcie naruszeń?

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę wskazanych w pytaniu zapisów wzoru umowy (zał. nr 7 SIWZ) w sposób tam wskazany.

W ocenie Zamawiającego dodanie wskazanego w pytaniu zapisu, iż odstąpienie od umowy przez Zamawiającego może nastąpić po uprzednim pisemnym wezwaniu Wykonawcy i wyznaczeniu mu dodatkowego terminu, nie jest konieczne i uzasadnione, jak również nie jest wymagane w świetle przepisów KC.

Pytanie nr 97:

Proszę o zastąpienie w § 10 ust. 6 lit. a) wzoru umowy słów: „na swój koszt” słowami „na koszt tej strony, która ponosi odpowiedzialność za odstąpienie od umowy”.

Odpowiedź:

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

Zamawiający nie widzi konieczności wprowadzania zmian w brzmieniu proponowanym przez Wykonawcę, jako że nie są one wymagane przepisami obowiązującego prawa (a wręcz w świetle np. art. 145 ustawy PZP są one nieuprawnione).

Pytanie nr 98:

Czy Zamawiający wyrazi zgodę na obniżenie kar umownych określonych w § 10 ust. 8 pkt 1) – 2) wzoru umowy do 0,1% wynagrodzenia umownego za każdy dzień oraz maksymalnego limitu kar w ust. 8 do 10% wynagrodzenia umownego? Kary w zastrzeżonej obecnie wysokości są rażąco wygórowane i naruszają równowagę stron umowy. Nadmienić przy tym należy, że w większości przetargów organizowanych przez Zamawiającego kary i limit kar kształtuje się na postulowanym poziomie.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na wskazaną w pytaniu modyfikację zapisów w § 10 ust. 8 pkt 1 i 2 zał. nr 7 SIWZ – wzór umowy.

Zamawiający nie uważa, iżby określone w ramach tych zapisów kary były zbyt wygórowane, czy niewspółmierne – wobec przedmiotu niniejszego zamówienia.

Pytanie nr 99:

Prosimy o wyjaśnienie powołania się na PFU w par. 12 ust. 2 pkt 8) lit. h) wzoru umowy?

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, iż w ramach zapisu § 12 ust. 2 pkt 8 lit. h wzoru umowy zaistniała omyłka pisarska polegająca na odwołaniu się do niewłaściwego rodzaju dokumentu – zamiast wskazanego tam PFU (który to dokument nie funkcjonuje dla niniejszego zamówienia) winno być tam zawarte odesłanie do OPZ. Zamawiający niniejszym dokonuje stosownej korekty przedmiotowego zapisu.

Biorąc powyższe pod uwagę w załączeniu do niniejszego pisma udostępnia się zamienną str. 15 zał. nr 7 SIWZ – WZÓR UMOWY (oznaczoną datą 17.01.2020 r.) uwzględniającą wprowadzoną zmianę.

Pytanie nr 112:

Dot. §3 ust. 2 pkt 2 Umowy

Wykonawca wnosi o zmianę terminu, w którym Zamawiający może zgłosić uwagi do projektu umowy z 30 dnia na 14 dni. Wskazać bowiem należy, iż termin 30 dni pozostaje zbyt długi co bardzo utrudni cały proces budowlany, zastosowanie takiego terminu pozostaje również całkowicie nieuzasadnione.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na postulowane skrócenie terminu wskazanego w § 3 ust. 2 pkt 2 wzoru umowy (zał. nr 7 SIWZ).

Wskazany tam obecnie termin 30-dniowy wynika z bezwzględnie obowiązujących przepisów prawnych, w szczególności art. 647¹ KC i jest zwyczajowo praktykowany w obszarze monitoringu podwykonawstwa na gruncie umów o roboty budowlane. Zamawiający nie widzi zatem uzasadnienia dla postulowanego skrócenia tego terminu.

Pytanie nr 113:

Dot. §3 ust. 2 pkt 4 Umowy

Wykonawca wnosi o zmianę terminu, w którym Zamawiający może zgłosić sprzeciw do zawartej umowy z 30 dnia na 14 dni. Wskazać bowiem należy, iż termin 30 dni pozostaje zbyt długi co bardzo utrudni cały proces budowlany, zastosowanie takiego terminu pozostaje również całkowicie nieuzasadnione.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na postulowane skrócenie terminu wskazanego w § 3 ust. 2 pkt 4 wzoru umowy (zał. nr 7 SIWZ).

Wskazany tam obecnie termin 30-dniowy wynika z bezwzględnie obowiązujących przepisów prawnych, w szczególności art. 647¹ KC i jest zwyczajowo praktykowany w obszarze monitoringu podwykonawstwa na gruncie umów o roboty budowlane. Zamawiający nie widzi zatem uzasadnienia dla postulowanego skrócenia tego terminu.

Pytanie nr 114:

Dot. §3 ust. 2 pkt 6 ppkt b Umowy

Wykonawca wnosi o całkowite wykreślenie przedmiotowego zapisu lub jego modyfikację poprzez zapis, iż tworzenie zabezpieczenia z zatrzymania kwot wynagrodzenia nie będzie akceptowane.

Należy zwrócić uwagę, iż przepis kodeksu cywilnego mówiący o potrąceniach wzajemnych wierzytelności tj. art. 498 k.c. jest przepisem bezwzględnie obowiązującym, które zastosowania nie można wyłączyć. Odgórny zakaz dokonywania jakichkolwiek potrąceń przez Wykonawcę stanowi bezpodstawne ograniczenie jego uprawnień przewidzianych w powszechnie obowiązujących przepisach prawa. Powoduje również ograniczenie możliwości zabezpieczenia interesów Wykonawcy przed niewykonaniem bądź nienależytym wykonaniem obowiązków umownych przez podwykonawców. Jednocześnie Inwestor winien mieć na uwadze, iż rynek ubezpieczeń oraz gwarancji bankowych znacznie utrudnia na dzień dzisiejszy możliwość uzyskania stosownego dokumentu zabezpieczającego należytego wykonanie umowy oraz usunięcie wad i usterek, a zatem potrącanie należności z przysługującego podwykonawcy wynagrodzenia może pozostawać jedyną formą zabezpieczenia. Jest to również forma korzystna dla podwykonawcy gdyż nie jest on zobowiązany do wpłacania z góry wartości kaucji zabezpieczającej.

Odpowiedź

Zamawiający nie wyraża zgody na usunięcie, czy modyfikację zapisu § 3 ust. 2 pkt 6 lit. b wzoru umowy – zał. nr 7 SIWZ, jako że nie widzi potrzeby i uzasadnienia dla wprowadzenia tego typu zmiany.

Zdaniem Zamawiającego przedmiotowy zapis umowy nie narusza przepisów obowiązującego prawa, w szczególności KC, czy (tym bardziej) ustawy PZP. Wskazuje się, że na podstawie przepisów art. 36 ust. 2 pkt 11 lit. a, art. 143b ust. 3 pkt 1 oraz art. 143d ust. 1 pkt 6 ustawy PZP Zamawiający uprawniony jest do określenia w SIWZ wymagań odnośnie zawierania umów o podwykonawstwo związanych z realizacją zamówienia będącego przedmiotem prowadzonego postępowania. Zamawiający ma prawo w szczególności na bazie swoich własnych doświadczeń nie akceptować pewnych postanowień umów podwykonawczych, czego wyraz daje w ramach określonych w SIWZ (wzorce umowy) wymagań. Ponadto podkreśla się, iż zgodnie z art. 143c ustawy Pzp oraz art. 647¹ KC Zamawiający jest odpowiedzialny za zapłatę wynagrodzenia należnego Podwykonawcom. W orzecznictwie sądowym brak jednolitości stanowisk, czy Zamawiający ponosi odpowiedzialność za inne należności Wykonawcy względem Podwykonawcy, takie jak np. potrącenia dokonywane przez Wykonawcę z należności z tytułu wynagrodzenia Podwykonawcy. W związku z powyższym w szczególności przedmiotowy zapis wzoru umowy stanowi zabezpieczenie Zamawiającego przed solidarną odpowiedzialnością w tym zakresie za zapłatę wynagrodzenia Podwykonawcom.

Zamawiający wskazuje, iż przedmiotowy zapis jest precyzyjny i nie dopuszcza formy wniesienia zabezpieczenia w ramach umowy podwykonawczej polegającej na tworzeniu go poprzez potrącenie lub zatrzymanie z faktury podwykonawcy jakiegokolwiek kwoty. Zamawiający tym samym nie dopuszcza żadnej formy zabezpieczenia, w której z należności (z wynagrodzenia) podwykonawcy jest potrącona lub zatrzymywana jakakolwiek kwota. Zamawiający rozumiejąc przywołane w pytaniu kwestie faktyczne wskazuje jednak, iż w ramach przedmiotowego zagadnienia nie ma ujednoczonej linii interpretacyjnej, w szczególności niektóre sądy w praktyce nawet kaucję gwarancyjną uznają za zatrzymanie części wynagrodzenia Wykonawcy, co wywołuje skutki negatywne dla Zamawiającego w zakresie m.in. istnienia solidarnej odpowiedzialności Zamawiającego za zapłatę takich kwot, stąd celem wyeliminowania wątpliwości w tym zakresie Zamawiający nie dopuszcza tworzenia na gruncie umów podwykonawczych zabezpieczeń w takiej formie.

Pytanie nr 115:

Dot. §3 ust. 3 pkt 1 oraz 2 Umowy:

Wykonawca wnosi o wykreślenie przedmiotowych zapisów. Zobowiązanie Wykonawcy do tworzenia wykazu podwykonawców nakłada na Wykonawcę obowiązek przewidzenia, z góry, w terminie do 28 dni z kim Wykonawca będzie współpracował przy realizacji zadania. Tym samym Inwestor ogranicza

Wykonawcy czas, w który może on prowadzić negocjacje z potencjalnymi podwykonawcami. Takie działanie pozostaje nieuzasadnione i bezprawne.

Odpowiedź

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę wskazanego w pytaniu zapisu wzoru umowy (zał. nr 7 SIWZ) w sposób tam wskazany – z uwagi na brak uzasadnienia dla takiej zmiany.

Zamawiający wskazuje, iż przywołany Wykaz podwykonawców, z którymi Wykonawca będzie współpracował przy realizacji zadania, ma walor informacyjny i weryfikacyjny (w kontekście konieczności prowadzenia monitoringu podwykonawstwa ze strony Zamawiającego w toku realizacji umowy w sprawie zamówienia zgodnie z przepisami ustawy PZP i zapisami samej umowy) oraz tworzony jest w oparciu o bieżący na dany moment stan wiedzy posiadanej w tym zakresie. W przypadku jakiegokolwiek zmiany w toku realizacji umowy danych / wiedzy relewantnych względem treści Wykazu (np. zamiaru podjęcia współpracy w nowym Podwykonawcą) ma być on każdorazowo stosownie aktualizowany. W opinii Zamawiającego nie zachodzi tu żadna sprzeczność, a tym bardziej kwestia ta nie implikuje działania nieuzasadnionego i bezprawnego, jako że w żaden sposób nie ogranicza swobody działalności gospodarczej, czy możliwości działania w zakresie nawiązywania współpracy gospodarczej po stronie Wykonawcy.

Pytanie nr 116:

Dot. §3 ust. 3 pkt 15 Umowy:

Wykonawca wnosi o wykreślenie przedmiotowego zapisu. Z jego treści wynika bowiem uprawnienie Zamawiającego do dwukrotnego odzyskania wartości dokonanej bezpośredniej zapłaty na rzecz podwykonawcy. Zamawiający może bowiem taką kwotę potrącić z wynagrodzenia przysługującego Wykonawcy a na podstawie w/w zapisu umowy żądać następnie jej zwrotu, co będzie stanowiło bezpodstawne wzbogacenie.

Odpowiedź

Zamawiający nie wyraża zgody usunięcie zapisu § 3 ust. 3 pkt 15 wzoru umowy – zał. nr 7 SIWZ z uwagi na brak uzasadnienia dla takiej zmiany.

Wskazuje się, iż przedmiotowy zapis odnosi się do sytuacji spełnienia świadczenia przez Zamawiającego. Twierdzenia o dwukrotnym odzyskaniu wartości dochodzonej zapłaty, czy bezpodstawnym wzbogaceniu są merytorycznie z punktu widzenia treści i istoty tego zapisu nieuprawnione. Przedmiotowy zapis odpowiada regulacji prawnej art. 376 KC.

Pytanie nr 117:

Dot. §4 ust. 15 Umowy:

Wykonawca wnosi o wykreślenie przedmiotowego zapisu. Nieuzasadnionym jest przymuszenie Wykonawcy do zrzeczenia się naliczenia Zamawiającemu odsetek ustawowych za opóźnienie w przypadku braku terminowego zwrotu wniesionego przez Wykonawcę zabezpieczenia. Zamawiający w takim wypadku będzie bezpodstawnie dysponował środkami pieniężnymi Wykonawcy i nie poniesie z tego tytułu żadnych konsekwencji.

Odpowiedź

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę wskazanego w pytaniu zapisu § 4 ust. 15 wzoru umowy (zał. nr 7 SIWZ) w sposób tam wskazany.

Przedmiotowy zapis jest uzasadniony. Treść zapisu ukierunkowana jest na współdziałanie stron i ma na celu wyeliminowanie sytuacji nieterminowego zwrotu zabezpieczenia, co w odniesieniu do Zamawiającego będącego jednostką publiczną skutkowałoby odpowiedzialnością za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Pytanie nr 118:

Dot. §5 ust. 15 pkt 9 Umowy:

Wykonawca wnosi o modyfikację przedmiotowego zapisu. Zamawiający nie posiada bowiem uprawnień do ingerencji w stosunku pomiędzy Wykonawcą a jego pracownikami. Całkowicie nieuzasadnione pozostaje obciążenie Wykonawcy obowiązkiem uzyskania zgody Zamawiającego na rezygnację ze współpracy z danym pracownikiem. To Wykonawca pozostaje podmiotem odpowiedzialnym za realizację inwestycji, a tym samym powinien posiadać swobodę oraz nieograniczoną możliwość dobierania kadry wedle własnego uznania

Odpowiedź

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę wskazanego w pytaniu zapisu § 5 ust. 15 pkt 9 wzoru umowy (zał. nr 7 SIWZ) w sposób tam wskazany.

Zamawiający wskazuje, iż postanowienia umowne wcale nie ustanawiają wymogu uzyskania przez Wykonawcę zgody Zamawiającego na nawiązanie / rezygnację ze współpracy, czy zmianę pracownika w toku realizacji zamówienia (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. 15 pkt 9 lit. a umowy), przy czym zapis ten stosowany ma być w wyjątkowych sytuacjach, jako ostateczność (gdy brak jest innej możliwości gwarantującej wykonanie zapisów umowy).

Pytanie nr 119:

Dot. §6 ust. 2 Umowy:

Wykonawca wnosi o zmianę przedmiotowego zapisu poprzez uszczegółowienie, iż Wykonawca zobowiązany jest usunąć wady w terminie 7 dni lub w przypadku gdy nie będzie możliwego jego zachowanie z powodów technologicznych- w innym terminie ustalonym przez Strony.

Odpowiedź

Patrz odpowiedź na pytanie nr 94.

Pytanie nr 120:

Dot. §10 ust. 1 pkt c Umowy:

Wykonawca wnosi o zmianę przedmiotowego zapisu poprzez zmianę terminu przerwy w robotach z 3 do 10 dni. Wskazać bowiem należy, iż wymieniony we wzorze umowy 3-dniowy termin pozostaje rażąco krótki, a uprawnienie Zamawiającego do odstąpienia od umowy w takim wypadku będzie miało poważne skutki dla obydwóch stron umowy.

Odpowiedź

Patrz odpowiedź na pytanie nr 67.

Pytanie nr 121:

Dot. §10 ust. 2 Umowy:

Wykonawca wnosi o zmianę przedmiotowego zapisu przez uściślenie, iż odstąpienie od umowy musi nastąpić w formie pisemnej pod rygorem nieważności. Pozostawienie zapisu w formie zaproponowanej we wzorze umowy tworzy bowiem stan niepewności prawnej. Umożliwienie Zamawiającemu dokonania odstąpienia w formie innej niż pisemna powoduje daleko idące skutki w tym przede wszystkim dowodowe.

Odpowiedź

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę wskazanego w pytaniu zapisu § 10 ust. 2 wzoru umowy (zał. nr 7 SIWZ) w sposób tam wskazany.

Zamawiający nie widzi konieczności uściślenia przedmiotowego zapisu, wyjaśniając jednocześnie, że nie przewiduje się składania ewentualnych oświadczeń o odstąpieniu w innej formie, niż pisemna,

co wynika również z ogólnych regulacji ustawy PZP przewidującej generalnie formę pisemną jako obowiązującą na gruncie zamówień publicznych. Forma pisemna zastrzeżona pod rygorem nieważności przewidziana jest wprost jedynie w odniesieniu do czynności zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 139 ust. 2 ustawy PZP).

Pytanie nr 122:

Dot. §10 ust. 7 pkt a Umowy:

Wykonawca wnosi o zmianę terminu na dokonanie odbioru z 30 dnia na 14. Termin 30 dni pozostaje bowiem zbyt długi.

Odpowiedź

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę wskazanego w pytaniu zapisu § 10 ust. 7 lit. a wzoru umowy (zał. nr 7 SIWZ) w sposób tam wskazany.

Wskazany 30-dniowy termin określa maksymalny czasokres na dokonanie przez Zamawiającego odbioru prac przerwanych. Należy podkreślić, iż przerwanie prac może nastąpić na różnym etapie realizacji robót budowlanych, gdzie przeprowadzenie inwentaryzacji i weryfikacji wykonania prac przez Wykonawcę robót będzie wymagało dokonania wnikliwej analizy sprawy, również w terenie. Zatem skrócenie tego okresu może implikować brak możliwości przeprowadzenia rzetelnej i kompleksowej oceny sprawy zarówno ze strony Zamawiającego, jak i Wykonawcy.

Pytanie nr 123:

Dot. §10 ust.8 pkt 3 Umowy:

Wykonawca wnosi o zmianę wartości kary za odstąpienia od umowy z 20% do 15%. Wskazać bowiem należy, że 20% kara pozostaje rażąco wysoka.

Odpowiedź

Zamawiający nie wyraża zgody na wskazaną w pytaniu modyfikację zapisów w § 10 ust. 8 pkt 3 zał. nr 7 SIWZ – wzór umowy.

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

Pytanie nr 124:

Dot. §10 Umowy:

Wykonawca wnosi o dodanie ustępu 15 w §10 Umowy ustanawiającego stosowny limit kar umownych jakie mogą być naliczone Wykonawcy. Wykonawca proponuje limit w wysokości do 20% wartości umowy. Konieczność zastosowania limitu kar umownych przewiduje m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 1601/18.

Odpowiedź

Zamawiający wskazuje, iż obecny wzór umowy (zał. nr 7 SIWZ) określa limit kar umownych, jakie mogą zostać nałożone przez Wykonawcę – zgodnie z zapisem § 10 ust. 8 zdanie ostatnie umowy łączna wysokość kar umownych nie może przekroczyć 20 % wynagrodzenia umownego.

Pytanie nr 125:

Dot. §12 ust. 2 pkt 3, ust. 2 pkt 8 ppkt e, ust. 2 pkt 11 Umowy:

Wykonawca wnosi o wykreślenie tych zapisów. Bezprawnym pozostaje bowiem umożliwienie Zamawiającemu jednostronnego dokonania zmiany zasad rozliczenia umowy. Powyższe stanowisko potwierdza Wyrok KIO nr 1380/18 oraz 1384/18.

Odpowiedź


Zamawiający nie wyraża zgody na wskazaną w pytaniu modyfikację przywołanych tam zapisów § 12 zał. nr 7 SIWZ – wzór umowy z uwagi na brak uzasadnienia dla takowych zmian.

Zamawiający wskazuje, iż przedmiotowe zapisy wcale nie określają uprawnień do jednostronnej zmiany treści umowy (zasad rozliczenia umowy) przez Zamawiającego, ale stanowią elementy

tw. klauzul przewidzianych zmian umowy (*vide* art. 144 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP). Zgodnie natomiast z zapisem § 12 ust. 3 umowy wszelkie zmiany umowy wymagają pod rygorem nieważności pisemnego aneksu, czyli złożenia zgodnych oświadczeń obu stron umowy w odniesieniu do wprowadzanych zmian.

Jednocześnie Zamawiający informuje, iż oprócz wniosków o wyjaśnienie treści SIWZ zamieszczonych wyżej, wpłynęły również inne pytania, na które Zamawiający niezwłocznie udzieli odpowiedzi.

Niniejsze pismo staje się częścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ).

**Z-ca Dyrektora
ds. Inwestycji**

ingr inż. Robert Górecki

Rozdzielnik:
www.zdw.krakow.pl
1 x DN-4 a/a

