



Dyrekcja
Rozbudowy
Miasta Gdańska



Fundusze
Europejskie
Infrastruktura i Środowisko

Unia Europejska
Fundusz Spójności



BZP-UiG/535 /2020/JZT

Gdańsk, dnia 14.07.2020

Strona internetowa DRMG

WYJAŚNIENIA TREŚCI SIWZ

dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: Budowa trasy tramwajowej od skrzyżowania Jabłoniowa/Warszawska do Al. Vaclava Havla wraz z infrastrukturą towarzyszącą. Odcinek nr 1: Rozbudowa skrzyżowania ul. Nowej Warszawskiej, ul. Łódzkiej i Al. Vaclava Havla, w ramach inwestycji: „Budowa ulicy Nowej Warszawskiej w Gdańsku” (sygn. 107/BZP-U.500.50.2020/TK)

Na podstawie art. 38 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, Dyrekcja Rozbudowy Miasta Gdańska, działająca w imieniu Gminy Miasta Gdańska, udziela wyjaśnień do treści SIWZ:

Pytanie nr 1: Wykonawca wnosi o zmianę wysokości kar umownych zastrzeżonych w §12 Umowy jak również wprowadzenie limitu kar umownych. W ocenie Wykonawcy okoliczność określenia limitu kar w wysokości wartości umowy, jak również znaczna ilość zdarzeń podlegających karaniu oraz wysokość zastrzeżonych kar, prowadzi do wniosku, że zastrzeżone przez Zamawiającego kary są rażąco wygórowane. W doktrynie prawa zamówień publicznych oraz w aktualnym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych dominuje pogląd, że ustanawianie 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 obciążone 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 art. 58 § 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.

Zwracamy jednocześnie uwagę, iż w postanowieniach umów większości prowadzonych obecnie postępowań publicznych, których przedmiotem jest realizacja podobnych zakresowo inwestycji infrastrukturalnych, kara umowna za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy kształtuje się na poziomie 2% - 5% wartości kontraktu, a kary umowne za zwłokę w realizacji umowy, wynoszą od 0,01% do 0,2% wartości kontraktu. Wysokość kar umownych z tytułu zwłoki/opóźnienia w realizacji umowy, jakich żądać może Zamawiający, często jest dodatkowo ograniczona w treści umowy do wysokości kar z tytułu odstąpienia od umowy lub w odniesieniu do wartości kontraktu, tj. do wysokości 20% wartości kontraktu netto. W ocenie Wykonawcy jest to zasadne działanie skutkujące z jednej strony dostateczną i proporcjonalną ochroną Zamawiającego w przypadku winy Wykonawcy, zaś z drugiej strony nie stwarzającą zagrożenia dla działalności firmy Wykonawcy i nie stwarzającą nadmiernego ryzyka finansowego po stronie Wykonawcy. Mając powyższe na względzie wnosimy o zmniejszenie wysokości kar umownych wskazanych w § 12 ust. 2 pkt 1) z tytułu niedotrzymania terminu wykonania robót do wysokości 0,02% wynagrodzenia umownego za każdy dzień zwłoki. Wykonawca wnosi o wprowadzenie limitu kar umownych wskazanych w § 12 do wysokości 20% wynagrodzenia umownego brutto. Ponadto wnosimy o zastrzeżenie kar umownych z tytułu uchybień określonych w § 12 ust. 2 pkt. 5), pkt. 7) w wysokości 3.000 zł za każde zdarzenie, w § 12 ust. 2 pkt. 6), w wysokości 2.000 zł za każde zdarzenie oraz w § 12 ust. 2 pkt 12), w wysokości 250 zł za każde zdarzenie. Dodatkowo Wykonawca wnosi o obniżenie wysokości kar umownych z tytułu odstąpienia od Umowy zastrzeżonej w §12 ust. 2 pkt. 4) do wysokości 5% wynagrodzenia Wykonawcy. W ocenie Wykonawcy określenie kary na pułapie 10% w wynagrodzenia brutto w obecnych okolicznościach



jest karą wygórowaną. Wykonawca uzasadnia wskazany wniosek powołując się na argumentację wskazaną powyżej.

Odpowiedź: Zamawiający informuje, że nie wyraża zgody na zmianę treści wzoru umowy

Pytanie nr 2: Wykonawca wnosi o wykreślenie bądź o zmianę zapisu § 3 ust. 2, ust.3 ust. 4 oraz § 7 ust. 2 projektu umowy. Wykonawca wskazuje, że to zadaniem Zamawiającego jest prawidłowe opisanie przedmiotu zamówienia, odzwierciedlenie rzeczywistego stanu prawnego przedmiotu zamówienia oraz załączenie odzwierciedlającej stan rzeczywisty przedmiotu zamówienia dokumentacji stanowiącej podstawę przygotowania oferty przez Wykonawcę. Przedmiotowy obowiązek wyrażony został w art. 29 ust. 1 Ustawy Prawo Zamówień Publicznych. Przedmiotowe przepis koresponduje, z przepisem art. 647 k.c. w którym wskazane zostało, że podstawowym obowiązkiem Zamawiającego jest przekazanie Wykonawcy dokumentacji projektowej. Co oczywiste w przedmiotowym postanowieniu nie został wyrażony obowiązek przekazania jakiegokolwiek dokumentacji, lecz takiej która jest kompletna i prawidłowa. Tym samym w ocenie Wykonawcy jako niedopuszczalne w świetle przywołanych powyżej przepisów należy potraktować tego rodzaju postanowienia umowne na podstawie których następuje próba przeniesienia odpowiedzialności za prawidłowość opisu przedmiotu zamówienia na Wykonawcę

Odpowiedź: O Zamawiający informuje, że nie wyraża zgody na zmianę treści wzoru umowy. Zamawiający wskazuje, że Wykonawca zobowiązany jest do zapoznania się z dokumentacją projektową ze starannością właściwą dla profesjonalnego wykonawcy robót budowlanych, tj. weryfikacji dokumentacji projektowej w zakresie umożliwiającym stwierdzenie nieprawidłowości dostarczonej dokumentacji, jeżeli nie wymaga to specjalistycznej wiedzy z zakresu projektowania. Zamawiający nie oczekuje od Wykonawcy szczegółowego merytorycznego sprawdzenia dokumentacji projektowej, wymagającej specjalistycznych obliczeń, wiedzy z zakresu projektowania, w celu wykrycia ewentualnych wad. Jeżeli w trakcie realizacji przedmiotu umowy, okaże się że dokumentacja jest „błędna” a Wykonawca, który przyjął na siebie ryzyko związane z ryczałtowym charakterem wynagrodzenia, działając z należytą starannością nie mógł powyższych błędów wykryć na etapie postępowania przetargowego, wzór umowy przewiduje możliwość zmiany wynagrodzenia Wykonawcy

Pytanie nr 3: Wykonawca wnosi o wykreślenie § 3 ust. 5, gdyż wskazany zapis jest nie zgodny z ideą wynagrodzenia ryczałtowego.

Odpowiedź: Zamawiający informuje, że nie wyraża zgody na zmianę treści wzoru umowy

Pytanie nr 4: Wykonawca wnosi o zmianę zapisu § 3 ust.7 w taki sposób aby nie odnosił się do kalkulacji uproszczonej: Zgodnie z zapisami § 3 ust.1 umowa oparta jest o wynagrodzenie ryczałtowe natomiast zgodnie z § 5 ust. 1 i § 5 ust. 2 rozliczenie robót następuje poprzez procentowe zaawansowanie robót. Wskazanie w tym zapisie kalkulacji uproszczonej stoi w sprzeczności z wskazanymi powyżej zapisami oraz z ideą wynagrodzenia ryczałtowego natomiast nie wnosi znaczących zmian w sposobie rozliczenia zmian Umowy którym przypisany jest § 15

Odpowiedź: Zamawiający informuje, że nie wyraża zgody na zmianę treści wzoru umowy

Pytanie nr 5: Wykonawca wnosi o wykreślenie § 4.3 OPZ lub o jego zmianę, poprzez wskazanie, że wykonanie przez Wykonawcę robót, które nie zostały ujęte w przedmiarze, nastąpi za zapłatą dodatkowego wynagrodzenia nie ujętego w wynagrodzeniu umownym. Wykonawca zwraca uwagę na to że wynagrodzenie określone zostało w umowie jako ryczałtowe. Tym samym, zgodnie z dyspozycją art. 630 §1 k.c. w przypadku gdy okaże się że zestawienie robót nie zawiera wszystkich robót koniecznych do wykonania zamówienia, Wykonawcy należne jest dodatkowe wynagrodzenie

Odpowiedź: Zamawiający informuje, że każdy przypadek i ustalenie, czy dany zakres jest objęty zakresem umowy czy nie, będzie rozpatrywany indywidualnie. Wszystkie okoliczności umożliwiające wprowadzenie zmian do umowy zostały opisane w § 15 wzoru umowy, choć wystąpienie tych okoliczności nie stanowi zobowiązania Zamawiającego do wprowadzenia zmiany.

Pytanie nr 6: Wykonawca wnosi o zmianę zapisu § 15 w taki sposób aby dawał możliwość wykonawcy dokonać waloryzacji wynagrodzenia zgodnie z ogólnie przyjętymi do stosowania wskaźnikami SEKOCENBUD. W obecnym brzmieniu oraz w obecnej sytuacji rynkowej Zamawiający przerzuca na Wykonawcę całe ryzyko zmiany powszechnie obowiązujących cen w branży budowanej w roku 2020.

Odpowiedź: Odpowiedź: Zamawiający informuje, że nie wyraża zgody na zmianę treści wzoru umowy

Pytanie nr 7: Wykonawca mając na uwadze wydarzenia ostatnich dni wnosi o dostosowanie zapisów projektu Umowy oraz SIWZ w zakresie obowiązywania definicji „Siły Wyższej” do sytuacji Zagrożenia Epidemiologicznego. Zagrożenie Epidemiologiczne przynależy również do katalogu okoliczności Siły Wyższej

Odpowiedź: Zamawiający informuje, że nie wyraża zgody na zmianę treści wzoru umowy

Pytanie nr 8: Wykonawca wnosi o zmianę zapisów § 5 pkt. 6 Projektu Umowy w taki sposób aby dać możliwość wykonawcy fakturowania do wysokości 100% wartości kontraktu. Pozostawienie zapisu w obecnej postaci przerzuca ciężar finansowania 10% inwestycji na Wykonawcę oraz jest zbyt daleko idącym zabezpieczeniem Zamawiającego z tyt. bezusterkowego odbioru końcowego. Do obowiązków Zamawiającego należy zapewnienie finansowania danego zadania oraz przepływu środków pieniężnych w ramach wykonywanej inwestycji. Naszym zdaniem wskazane w projekcie umowy zapisy dotyczące procedury odbiorowej, kary umowne oraz możliwość dochodzenia odszkodowania uzupełniającego są wystarczającym środkiem chroniącym interesy Zamawiającego.

Odpowiedź: Zamawiający informuje, że nie wyraża zgody na zmianę treści wzoru umowy



Pytanie nr 9: Wykonawca wnosi o wykreślenie § 16 ust. 1 pkt. 5) gdyż ogranicza on swobodę zawierania umów oraz w znaczący sposób ogranicza konkurencyjność dla potencjalnych Podwykonawców. Zamawiający poprzez wskazany zapis wymusza na Podwykonawcach stosowanie zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz wad i usterek w postaci różnego rodzaju gwarancji. W obecnej sytuacji ekonomicznej nie wszyscy Podwykonawcy mają możliwość

korzystania z takiego zabezpieczenia. Najpopularniejszą formą zabezpieczenia należytego wykonania umowy oraz wad i usterek stosowaną przez Podwykonawców jest właśnie potrącenie będące proste w zastosowaniu i transparentne w rozliczeniu.

Odpowiedź: Zamawiający informuje, że nie wyraża zgody na zmianę treści wzoru umowy

Pytanie nr 10: Wykonawca wnosi o skrócenie terminu wskazanego w § 17 ust. 5 oraz § 17 ust. 6 z 14 do 7 dni, gdyż wskazany termin jest zbyt długi. Wskazany termin ma wpływ na długość rozpatrywania umów Podwykonawczych co w konsekwencji przerzuca się na termin rozpoczęcia robót przez Podwykonawców.

Odpowiedź: Zamawiający informuje, że nie wyraża zgody na zmianę treści wzoru umowy

Pytanie nr 11: Wykonawca wnosi aby termin wykonania wskazany w § 4 ust. 1 projektu umowy zostały określony poprzez wskazanie odpowiedniej ilości dni/tygodni od dnia podpisania umowy. Wykonawca przystępujący do postępowania powinien dysponować wiedzą na temat tego, jaką ilością dni będzie dysponował na realizację zamówienia. W związku z tym jako nieprawidłowe należy uznać wskazanie daty dziennej jako terminu realizacji zadania, bez podania informacji na temat tego kiedy będzie podpisana umowa lub (co jest rozwiązaniem bardziej zasadnym) określenie ilości dni jakimi bez względu na datę zakończenia procedury przetargowej będzie dysponował Wykonawca, w którym zostanie podpisana umowa. Brak określenia ilości dni na wykonanie zamówienia lub przygotowania się do rozpoczęcia jego realizacji, stanowi bowiem naruszenie przepisów Prawa Zamówień Publicznych, co potwierdza orzecznictwo KIO, przykładowo w Wyroku z dnia 24.07.2008 roku, KIO/UZP 707/08 i Wyroku z dnia 25.06.2010, sygn.akt: KIO/UZP 1123/10. A z taką sytuacją będziemy mieli do czynienia, jeżeli w wzorze umowy na realizację zamówienia w tym postępowaniu pozostanie data dzienna. Wskazanie dni/miesiący na realizację zadania w którym jako data początkowa wskazana byłaby data podpisania umowy - wyeliminuje ryzyko znacznego skrócenia czasu na realizację zadania jaka może zaistnieć np. w sytuacji przedłużonej procedury przetargowej

Odpowiedź: Zamawiający informuje, że nie wyraża zgody na zmianę treści wzoru umowy

Pytanie nr 12: W rozdziale V w części C w punkcie 3 SIWZ, Zamawiający zawarł wymagania dotyczące referencji. Wykonawca ma m.in. posiadać doświadczenie przy realizacji zamówienia/zamówień w okresie ostatnich 5 lat. Bardzo proszę o zmianę powyższego warunku z 5 lat na 6 lat. Warto zauważyć, iż w Rozporządzeniu Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w § 4 pkt. 5.1) przewidziana jest taka możliwość, aby Zamawiający dopuścił możliwość dopuszczenia robót budowlanych wykonanych w okresie wcześniejszym niż 5 lat. Bez wątpienia



wykazanie się stosownym oświadczeniem czy to w okresie ostatnich 5 lat czy 6 lat nie ma większego znaczenia a może znacznie poszerzyć konkurencję w postępowaniu co z kolei może wpłynąć na niższą zaoferowaną cenę.

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na powyższe.

Pytanie nr 13: Bardzo proszę o potwierdzenie, iż na etapie składania ofert Wykonawca nie musi dawać wykazów/oświadczeń/zaświadczeń/dokumentów o których mowa w rozdziale V, część A, B, D, a jedynie wystarczy iż złoży dokumenty wymienione w rozdziale V w części E od punktu 3-9.

Odpowiedź: Zamawiający w niniejszym postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, najpierw dokona oceny ofert, a następnie zbada, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu (procedura, o której mowa w art. 24aa ust. 1 ustawy).

Zamawiający wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, tj. niepodleganie wykluczeniu oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu, wskazanych w SIWZ lub w ogłoszeniu o zamówieniu.

Pytanie nr 14: Zamawiający w SWK w § 6 „Warunki płatności” w punkcie 1. zawarł następującą informację: „Zamawiający oświadcza, że posiada środki finansowe na realizację Przedmiotu Umowy.

Przewidywany harmonogram płatności:

1) rok 2020 - maksymalnie złotych brutto (słownie złotych brutto:);
2) rok 2021- maksymalnie złotych brutto (słownie złotych brutto:).”.

Czy Zamawiający ma już ustalony harmonogram płatności? Jeśli tak, bardzo proszę o uzupełnienie powyższego, jeśli natomiast nie, proszę o usunięcie przedmiotowego zapisu

Odpowiedź: Zamawiający informuje, że nie wyraża zgody na zmianę treści wzoru umowy

Ewa Zielińska

Zastępca Dyrektora

Podpisano elektronicznie: 14 -07-2020