

ZP.271.1.76.2023.RM

Kędzierzyn-Koźle, 09.11.2023r.

WSZYSCY WYKONAWCY
zainteresowani udziałem w postępowaniu

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.:

Zakup 2 autobusów elektrycznych zeroemisyjnych wraz z niezbędną infrastrukturą ładowania pojazdów, celem zapewnienia obsługi obszaru śródmiejskiego w Kędzierzynie-Koźlu – etap II – II postępowanie

I. Zamawiający działając na podstawie art. 135 ust. 3 w zw. z art. 135 ust. 1 ustawy oraz art. 137 ust. 1, 2, 4, 5, 6 z dnia 11 września 2019 roku Prawo Zamówień Publicznych (*tekst jednolity Dz. U. z 2023r. poz. 1605 z późn. zm.*) odpowiada na pytania do treści SWZ, które wpłynęły do Zamawiającego w dniu 30.10.2023 r., jednocześnie modyfikując treść SWZ - jak wynika z udzielonych odpowiedzi.

II. Zestaw pytań z dnia 30.10.2023 r.

Pytanie 1

Czy Zamawiający dopuszcza możliwość złożenia zabezpieczenia należytego wykonania umowy w postaci gwarancji bankowych lub ubezpieczeniowych w formie elektronicznej tj. jako dokument elektroniczny podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osoby upoważnione do reprezentacji Gwaranta?

Odpowiedź 1

Tak, Zamawiający dopuszcza powyższe.

Pytanie 2

Czy Zamawiający dopuszcza możliwość podpisania umowy z Wykonawcą w formie elektronicznej tj. jako dokument elektroniczny podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osoby upoważnione do reprezentacji Zamawiającego i Wykonawcy?

Odpowiedź 2

Tak, Zamawiający dopuszcza powyższe.

Pytanie 3

Prosimy o podanie następujących danych dotyczących warunków eksploatacji na liniach planowanych do obsługi przez autobusy będące przedmiotem zamówienia:

- Maksymalne nachylenie na trasie
- Długość odcinka z maksymalnym nachyleniem

Dane te są niezbędne do profesjonalnego przeprowadzenia symulacji i odpowiedniego doboru magazynów energii spełniających wszystkie wymogi SWZ.

Odpowiedź 3

Zamawiający informuje, że na planowanych liniach które będą obsługiwały autobusy będące przedmiotem zamówienia jest teren płaski i brak jest odcinków z nachyleniem terenu.

Pytanie 4

Zamawiający w SWZ ust. 3.1 punkt 5 podpunkt 7 napisał:

7. Wymagania wynikające z ustawy o elektromobilności i paliwach alternatywnych. Zgodnie z art. 68 ust. 3 ustawy z dnia 11 stycznia 2018r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych (tj. Dz. U. z 2023 r. poz. 875z późn. zm.) Zamawiający wymaga, aby łączny udział pojazdów elektrycznych lub pojazdów napędzanych gazem ziemnym we flocie pojazdów samochodowych w rozumieniu art. 2

pkt 33 ustawy z dnia 20 czerwca 1997r. -Prawo o ruchu drogowym używanych przy wykonywaniu

tego zadania wynosił co najmniej 10%. Zasady obliczania udziału pojazdów elektrycznych we flotach pojazdów wskazano w art. 36a ustawy o elektromobilności i paliwach alternatywnych. – wymóg dotyczy wykonywania robót budowlanych objętych przedmiotem zamówienia.

Wykonawca wskazuje, że zgodnie z art. 68 ust. 3 Ustawy z dnia 11 stycznia 2018 roku o elektromobilności i paliwach alternatywnych, jednostka samorządu terytorialnego, o której mowa w art. 35 ust. 2, od dnia 1 stycznia 2022 r. wykonuje, zleca lub powierza wykonywanie zadań publicznych, o których mowa w art. 35 ust. 2 pkt 1, podmiotom, których łączny udział pojazdów elektrycznych lub pojazdów napędzanych gazem ziemnym we flocie pojazdów samochodowych w rozumieniu art. 2 pkt 33 ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. - Prawo o ruchu drogowym używanych przy wykonywaniu tego zadania wynosi co najmniej 10% [...].

Art. 35 ust. 2 pkt. 1 Ustawy o elektromobilności i paliwach alternatywnych odsyła w zakresie zadań publicznych do Ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz. U. z 2022 r. poz. 559 i 583). Zgodnie z art. 7 ust. 1 pkt. 4) Ustawy o samorządzie gminnym, zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty należy do zadań własnych gminy, w szczególności w zakresie lokalnego transportu zbiorowego.

Wnosimy o usunięcie zapisu z rozdziału V SWZ ust. 3.1 punkt 5 podpunkt 7 oraz § 1 ust. 5 i 6 wzoru umowy jako wymogu nie dotyczącego niniejszego przedmiotu zamówienia. Zdaniem Wykonawcy zakres niniejszego postępowania nie dotyczy świadczenia usług publicznego transportu zbiorowego lecz wyprodukowania i dostawy pojazdów wraz z infrastrukturą ładowania pojazdów elektrycznych.

Odpowiedź 4

Zamawiający nie wyraża na powyższe zgody. Wskazać należy, iż dostawa autobusów elektrycznych objętych niniejszym postępowaniem odbywa się właśnie w celu realizacji przez Gminę jako organizatora publicznego transportu w rozumieniu ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym (Dz. U. z 2022r. poz. 1343, z późn. zm.) zadania własnego Gminy, o którym mowa w art. 7 ust. 1 pkt 4 ustawy o samorządzie gminnym. **Zamawiający ponownie podkreśla, iż wymóg wynikający z art. 68 ust. 3 ustawy o elektromobilności i paliwach alternatywnych nie dotyczy całego przedmiotu zamówienia, a jedynie robót budowlanych, których wykonanie będzie niezbędne w celu montażu, podłączenia i uruchomienia mobilnej ładowarki przewodowej oraz ładowarek pantografowych objętych przedmiotem zamówienia. W takim stanie faktycznym jednostka samorządu terytorialnego ma ustawowy obowiązek postawić w/w wymagania.**

Pytanie 5

Zamawiający w SWZ ust. 22.1 napisał:

22.1 Wykonawca zobowiązany jest wnieść zabezpieczenie należytego wykonania umowy w wysokości 5% ceny całkowitej brutto.

Zamawiający przyjął wysokość zabezpieczenia należytego wykonania umowy w maksymalnej dopuszczalnej ustawą Prawo Zamówień Publicznych wysokości. Wyższa wartość zabezpieczenia należytego wykonania umowy powoduje podwyższenie kosztów zrealizowania umowy co przekłada się bezpośrednio na wysokość cen oferowanych pojazdów, jako że cena pojazdów jest wypadową wszystkich kosztów i ryzyk związanych z danym kontraktem. **W związku z tym, że koszty Zabezpieczenia należytego wykonania Umowy ponosi Wykonawca zwracamy się z prośbą o obniżenie zabezpieczenia należytego wykonania umowy do wartości 3% ceny całkowitej podanej w ofercie.**

Odpowiedź 5

Zamawiający nie wyraża zgody na obniżenie zabezpieczenia należytego wykonania umowy do 3% ceny całkowitej podanej w ofercie, tym samym podtrzymuje dotychczasowe postanowienia treści SWZ w tym zakresie tj. Wykonawca zobowiązany jest wnieść zabezpieczenie należytego wykonania umowy w wysokości 5% ceny całkowitej brutto.

Wskazać w tym miejscu należy, iż wysokość zabezpieczenia należytego wykonania umowy w wysokości 5% ceny całkowitej brutto stosowana jest przez tutejszego Zamawiającego we wszystkich postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, nawet w postępowaniach, których szacunkowa wartość jest znacznie większa od zamówienia objętego niniejszym postępowaniem (patrz: Budowa łącznika obwodnicy północnej z ul. Przyjaźni/Strzelecką, os. Blachownia w Kędzierzynie-Koźlu – wybrana oferta o wartości realizacji przedmiotu zamówienia wynosiła 66 921 046,54 zł.). W ocenie Zamawiającego wartość zabezpieczenia ustalona na poziom 5% wysokości ceny całkowitej brutto, skutecznie zabezpiecza jego interes, jest proporcjonalna w odniesieniu do charakteru przedmiotu zamówienia.

Pytanie 6 –

W zał. nr 7 do SWZ, par. 3, ust. 1, Zamawiający napisał:

1. Wykonawca poinformuje Zamawiającego w formie pisemnej lub drogą elektroniczną na adres Zamawiającego wskazany w § 17 o gotowości realizacji poszczególnych elementów przedmiotu umowy nie później niż na siedem dni przed ich faktyczną realizacją.

Zwracamy się z prośbą o skrócenie tego terminu do 5 dni kalendarzowych.

Odpowiedź 6

Zamawiający nie wyraża zgody, podtrzymując dotychczasowe zapisy treści SWZ.

Pytanie 7

W zał. nr 7 do SWZ, par. 5, ust. 4, pkt 6, Zamawiający napisał:

*6) w celu ustalenia faktycznej pojemności magazynu energii i porównania jej z wymaganą wartością energii dostępnej dla Zamawiającego, Wykonawca **według poniższych zasad i** na własny koszt, przeprowadzi badania (zwanego dalej badaniem) tego parametru w niezależnym laboratorium posiadającym akredytację Polskiego Centrum Akredytacji lub w innej upoważnionej do tego typu badań jednostce, wyniki badań wykonawca przedstawi Zamawiającemu w terminie do 7 dni od dnia ich uzyskania, **badania należy przeprowadzić co najmniej dwukrotnie: w połowie okresu gwarancji udzielonej na magazyn energii oraz na 6 miesięcy przed upływem gwarancji na magazyn energii:***

**a) z zastrzeżeniem litera b, tylko w jednym wytypowanym przez Zamawiającego autobusie,
b) jeżeli podczas badania przeprowadzonego zgodnie z lit a, wartość Ed – (energii dostępnej dla użytkownika) będzie na poziomie niższym niż wartość Ed wymagana to Wykonawca zobowiązany będzie do:**

**- przeprowadzenia badania w drugim autobusie (w terminie do 6 tygodni licząc od uzyskania przez Zamawiającego wyniku w badaniu, o którym mowa w lit a),
- naprawy lub wymiany magazynu energii (na nowy lub inny pełnosprawny np. po naprawie) zgodnie z warunkami gwarancji w autobusach, w których stwierdzono wartość Ed na poziomie niższym niż wartość Ed wymagana.**

1. Koszt wykonania pomiaru pojemności magazynu energii autobusu elektrycznego zleconego niezależnej jednostce upoważnionej do przeprowadzenia tego typu badań wynosi aktualnie kilkanaście tys. zł jednorazowo w jednym autobusie. Dodatkowo do tego potrzebne jest wyłączenie każdego pojazdu z obsługi linii na 2 do 4 dni w celu przygotowania go do badań oraz udostępnienie ładowarek na kilka godzin. Prosimy o potwierdzenie że Zamawiający, na równi z Wykonawcą będzie partycypował w pokryciu kosztów wykonania takiego badania lub zgodzi się na dopuszczenie wykonania takiego badania przez wykwalifikowany personel Wykonawcy pojazdu, który dysponuje własnym, profesjonalnym sprzętem pomiarowym.

2. Prosimy o zgodę Zamawiającego na wykonanie jednego badania pojemności baterii (badania na 6 miesięcy przed upływem gwarancji na magazyn energii), ponieważ właśnie to wynik tego konkretnego badania zapewni Zamawiającego o przydatności użytkowanej baterii na pojeździe, a w przypadku wyniku badania poniżej oczekiwanej wartości, nową baterię dla okresu pogwarancyjnego.

Odpowiedź 7

Ad.1 Odpowiadając na pytanie Wykonawcy Zamawiający informuje, że:

- 1) koszty przeprowadzania badania pojemności magazynu energii przez niezależne laboratorium posiadające akredytację Polskiego Centrum Akredytacji lub w inną upoważnioną do tego typu badań jednostkę pokrywa Wykonawca,
- 2) Zamawiający podtrzymuje konieczność wykonania badania przez podmiot wskazany w pkt 1.

Ponadto Zamawiający informuje, że jest w pełni świadomy, że proces przeprowadzenia ww. badania wiąże się z koniecznością wyłączenia z eksploatacji autobusu nawet na kilka dni oraz może się wiązać z koniecznością użycia ładowarek Zamawiającego – z tego tytułu opłat dodatkowych Wykonawca ponosić nie będzie.

Ad. 2 Zamawiający nie wyraża zgody na uwzględnienie wniosku Wykonawcy podtrzymując tym samym zapisy SWZ.

Pytanie 8

W zał. nr 7 do SWZ, par. 5, ust. 7, Zamawiający napisał:

7. Poza uprawnieniami wynikającymi z gwarancji, Zamawiający ma prawo dochodzić od Wykonawcy uprawnień z tytułu rękojmi na zasadach ogólnych przewidzianych w Kodeksie cywilnym. Strony zgodnie oświadczają, iż Wykonawca odpowiada z tytułu rękojmi jeżeli wada fizyczna przedmiotu zamówienia zostanie stwierdzona przed upływem 5 lat od wydania przedmiotu zamówienia Zamawiającemu, licząc od daty odbioru końcowego.

Z perspektywy Wykonawcy, wymóg Zamawiającego powoduje powstanie znacznej odpowiedzialności i potencjalnych ryzyk niż w przypadku rękojmi z ustawowym okresem obowiązywania. Zgodnie bowiem art. 568 kodeksu cywilnego kupujący może żądać obniżenia ceny lub odstąpić od umowy w przypadku, gdy sprzedający nie usunie niezwłocznie wady poprzez naprawę lub wymianę produktu na nowy, a także gdy rzecz była już wymieniana lub naprawiana i niekoniecznie z tego samego powodu. Oznacza to, że przez okres rękojmi Wykonawca musi liczyć się z ryzykiem odstąpienia od umowy przez Zamawiającego. Powoduje to istnienie bardzo dużego ryzyka po stronie Wykonawcy, które będzie musiało zostać w kalkulowane w cenę, prowadząc do jej podwyższenia.

Prosimy o zrównanie okresu rękojmi z okresem ustawowym, tj. 2 lat lub w przypadku braku zgody prosimy o zrównanie okresu rękojmi z okresem gwarancji na cały autobus.

Odpowiedź 8

Zamawiający wyraża zgodę na zrównanie okresu rękojmi z okresem gwarancji na cały autobus. W związku z powyższym w § 5 ust. 8 załącznika nr 7 do SWZ – PPU otrzymuje brzmienie:

„8. Poza uprawnieniami wynikającymi z gwarancji, Zamawiający ma prawo dochodzić od Wykonawcy uprawnień z tytułu rękojmi na zasadach ogólnych przewidzianych w Kodeksie cywilnym. Strony zgodnie oświadczają, iż Wykonawca odpowiada z tytułu rękojmi, jeżeli wada fizyczna przedmiotu zamówienia zostanie stwierdzona w okresie obowiązywania gwarancji na cały autobus.”

Pytanie 9

W załączniku nr 7 par. 3, ust. 8 pkt 3 wzoru umowy Zamawiający napisał:

W przypadku, gdy Wykonawca będzie realizował zamówienie objęte niniejszą umową bez należytej staranności, niezgodnie z obowiązującymi przepisami, normami technicznymi, niezgodnie z postanowieniami niniejszej umowy, Zamawiający ma prawo:

3) *potrącić z wynagrodzenia Wykonawcy należności z tytułu kar umownych bez uprzedniego wzywania Wykonawcy do ich zapłaty;*

Zwracamy się z wnioskiem o usunięcie postanowienia lub o możliwość zmiany ww. postanowienia, poprzez uprzednie wezwanie Wykonawcy do prawidłowej realizacji umowy z zachowaniem terminu 30 dni.

Odpowiedź 9:

Zamawiający nie wyraża na powyższe zgody. Zamawiający wskazuje jednak, iż w przypadku, gdy Wykonawca będzie realizował zamówienie bez należytej staranności, niezgodnie z obowiązującymi przepisami, normami technicznymi lub niezgodnie z postanowieniami Umowy wezwie Wykonawcę do prawidłowej realizacji Umowy. Podnieść również należy, iż kary umowne w większości przypadków wskazanych w Umowie naliczane są w powodu zwłoki, a więc zawinione przez Wykonawcę działania. Oznacza to, iż w przypadku nienależytego wykonania Umowy spowodowanego przyczynami niezależnymi od Wykonawcy, ma on prawo wykazania Zamawiającemu, iż nie ponosi odpowiedzialności za nienależyte wykonanie Umowy, co może skutkować nienaliczaniem kar umownych.

Pytanie 10

W załączniku nr 7 par. 3, ust. 4 wzoru umowy Zamawiający napisał:

4. Za końcowy odbiór przedmiotu umowy uznaje się odbiór poszczególnych elementów przedmiotu umowy bez wad i usterek wraz z dokumentacją i dokumentami wyspecyfikowanymi w § 4 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. a , co potwierdza się w danym protokole odbioru stwierdzeniem: „Wynik odbioru pozytywny”.

Prosimy o potwierdzenie, że protokoły będą przygotowane oddzielnie na każdy element przedmiotu umowy.

Odpowiedź 10

Zamawiający potwierdza powyższe

Pytanie 11

W załączniku nr 7 par. 9, ust. 1 oraz 5 wzoru umowy Zamawiający napisał:

1. Strony ustalają następujące kary umowne:

- 1) za zwłokę w dostawie autobusów EV12 wraz z dokumentacją i dokumentami wyspecyfikowanymi w § 4 pkt 1 lit a niniejszej umowy Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,2 % wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 8 ust. 1 pkt 1, w odniesieniu do każdego z autobusu za każdy rozpoczęty dzień zwłoki;
- 2) za zwłokę w realizacji przedmiotu umowy w zakresie:
 - a) dostawy ładowarki Plug-in lub dostawy i wykonania robót budowlanych ładowarek pantografowych 250 kW, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 0,5 % wynagrodzenia netto, o którym mowa odpowiednio w § 8 ust. 1 pkt 2, 3 i 5, w odniesieniu do każdej z ładowarek za każdy rozpoczęty dzień zwłoki;
 - b) wykonania dokumentacji projektowej i uzyskania wszelkich wymaganych pozwoleń, prawomocnej decyzji zezwalającej na rozpoczęcie robót budowlanych o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 3 Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 300 zł, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki;
- 3) w przypadku, gdy zwłoka, o której mowa w pkt. 1 lub (i) w pkt. 2 przekroczy 60 dni:
 - a) wysokość kar umownych, obliczonych zgodnie z pkt. 1 lub (i) z pkt. 2, ulega podwojeniu,
 - b) Zamawiającemu przysługuje prawo do odstąpienia od umowy w trybie natychmiastowym;
- 4) za odstąpienie przez Zamawiającego od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę w wysokości 20 % całkowitej wartości przedmiotu umowy netto, o której mowa w § 8 ust. 2 niniejszej umowy;
- 4a) za odstąpienie przez Wykonawcę od umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, Zamawiający zapłaci Wykonawcy karę w wysokości 20 % całkowitej wartości przedmiotu umowy netto, o której mowa w § 8 ust. 2 niniejszej umowy;
- 5) wynikające z Warunków Obsługi Gwarancyjnej (WOG) autobusów EV12;
- 6) za zwłokę w dostarczeniu dokumentacji i urządzeń, o których mowa w § 4 pkt 1 lit. b i c lub (i) pkt 2 lit. od b) do d), lub (i) pkt 3 lub (i) pkt 4 niniejszej umowy, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 10.000,00 zł za sam fakt wystąpienia zwłoki; kara umowna z tytułu dostarczenia dokumentacji może być również naliczona, gdy w trakcie eksploatacji przedmiotu umowy okaże się, że dostarczona dokumentacja nie odpowiada stanowi faktycznemu przedmiotu umowy, np.: gdy dostarczone schematy instalacji elektrycznej różnią się od faktycznie wykonanej instalacji w autobusie EV 12 o ile Wykonawca nie złożył Zamawiającemu, w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie, prawidłowej dokumentacji w formie i w ilości przewidzianej pierwotnie w umowie dla tej dokumentacji.

Zapłacenie tej kary nie zwalnia Wykonawcy z obowiązku dostarczenia tej dokumentacji i tych urządzeń;
- 7) za brak zapłaty wynagrodzenia należnego Podwykonawcom lub dalszym Podwykonawcom z tytułu zmiany wysokości wynagrodzenia Wykonawcy, w sytuacji opisanej w § 12 ust. 11 pkt 2 umowy – kara umowna w wysokości 5000 zł za każdy przypadek odrębnie nieprzedłożenie przez Wykonawcę oświadczenia, o którym mowa w § 12 ust. 11 pkt 2 jest traktowane jako brak zapłaty wynagrodzenia należnego Podwykonawcom;
- 8) z tytułu niespełnienia przez Wykonawcę lub Podwykonawcę wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności wskazane w § 16 ust. 1 umowy – kara w wysokości 0,1% Wynagrodzenia brutto, określonego w § 8 ust. 1 pkt 5 umowy;

5. Łączna maksymalna wartość kar umownych, których może dochodzić każda ze Stron, wynosi 20% ceny brutto wskazanej w § 8 ust. 2. Jeżeli kary umowne zastrzeżone w niniejszej umowie nie pokrywają poniesionej przez Strony szkody, każda ze Stron może dochodzić odszkodowania uzupełniającego na zasadach ogólnych przewidzianych w Kodeksie cywilnym.

W ocenie Wykonawcy, wyżej wymienione kary umowne są wysokie. Wykonawca zdaje sobie sprawę, że w reżimie zamówień publicznych to Zamawiający, jako gospodarz postępowania określa szczegółowe warunki kontraktowe, a zasada swobody umów wynikająca z art. 353¹ KC, doznaje istotnego ograniczenia. Niemniej jednak **uprawnienie zamawiającego do jednostronnego kształtowania warunków przyszłej umowy nie**

może mieć charakteru absolutnego. Zamawiający nie powinien bowiem tracić z pola widzenia celu obciążania wykonawcy karami umownymi, które to kary stanowią surogat odszkodowania należnego z tytułu niewykonania bądź nienależytego wykonania umowy.

Pragniemy wskazać, że wygórowane kary umowne przekładają się bezpośrednio na wysokość cen oferowanych pojazdów. Wykonawca racjonalnie kalkulujący cenę ofertową musi bowiem uwzględnić w tej cenie nie tylko koszty wytworzenia przedmiotu umowy i zakładany zysk, ale również wszelkie ryzyka związane realizacją danego zamówienia, w tym zastrzeżone przez Zamawiającego kary umowne. **Zawyżanie ceny ofertowej w związku z przerzuceniem nieproporcjonalnie wysokich kar na wykonawców doprowadzić może do nieefektywnego wydatkowania środków publicznych przez Zamawiającego** bądź wręcz do konieczności unieważnienia postępowania, na skutek zaoferowania ceny w wysokości przewyższającej kwotę, jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia.

Ponadto kara umowna, której wartość nie koresponduje z wysokością szkody, jaką może ponieść Zamawiający prowadzi do nieuzasadnionego wzbogacenia Zamawiającego kosztem wykonawcy.

Podkreślenia wymaga, że **kara umowna, jako surogat odszkodowania, powinna zmierzać do naprawienia szkody wyrządzonej Zamawiającemu** z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania świadczenia niepieniężnego, a nie stanowić dla niego źródło dodatkowego zysku. **Za niedopuszczalne należy zatem uznać takie kształtowanie wysokości kar umownych które nie jest racjonalnie powiązane z możliwym uszczerbkiem po stronie Zamawiającego.** W tym kontekście kary umowne powinny być określane w wysokości adekwatnej do ewentualnej szkody, tak aby mogły spełniać swoje funkcje, a nie zniechęcać wykonawców do brania udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Obowiązek proporcjonalnego kształtowania postanowień umownych w ramach zamówień publicznych został podkreślony zarówno w **Koncepcji nowego Prawa Zamówień Publicznych**

(patrz: str. 55, Koncepcji nowego Prawa Zamówień Publicznych, czerwiec 2018, pod adresem:

https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0029/36875/Koncepcja_nowego_prawa_zamowien_publicznych.pdf) jak i w uzasadnieniu do projektu¹ aktualnie obowiązującej ustawy Prawo zamówień publicznych, gdzie wskazuje się, że:

„Kierując się często uproszczonym postrzeganiem interesu zamawiającego, postanowienia umów zawierają rozwiązania nazbyt restrykcyjne i nieproporcjonalne do rodzaju i wartości zamówienia publicznego (np. z zakresu wysokości i kategorii zastrzeganych kar umownych, przerzucanie odpowiedzialności za większość ryzyk na wykonawców, nieuwzględnianie okoliczności związanych z trudnymi do oszacowania gwałtownymi zmianami rynkowymi). Paradoksalnym skutkiem takiego działania jest niekorzystny wpływ na efektywność wydatkowania środków publicznych, przez wyższe ceny wskazywane przez wykonawców uwzględniające koszt nieproporcjonalnego ryzyka po ich stronie, a także zmniejszanie konkurencyjności postępowań, przez rezygnację potencjalnych wykonawców z udziału w postępowaniach o udzielenia zamówienia publicznego.”

Ponadto dążąc do zapewnienia proporcjonalności oraz równowagi stron stosunku umownego, ustawodawca przewidział w treści art. 433 katalog zakazanych postanowień umownych, wskazując, że projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać:

- 1) odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia;
- 2) naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem;
- 3) odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający;

¹ Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych, VIII kadencja, druk sejm. nr 3624

4) możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.

Zwracamy się z wnioskiem o zmniejszenie wysokości kar umownych do następujących:

- 1) za zwłokę w dostawie autobusów EV12 wraz z dokumentacją i dokumentami wyspecyfikowanymi w § 4 pkt 1 lit a niniejszej umowy Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości **0,1 %** wynagrodzenia netto, o którym mowa w § 8 ust. 1 pkt 1, w odniesieniu do każdego z autobusu za każdy rozpoczęty dzień zwłoki;
- 2) za zwłokę w realizacji przedmiotu umowy w zakresie:
 - a) dostawy ładowarki Plug-in lub dostawy i wykonania robót budowlanych ładowarek pantografowych 250 kW, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości **0,25 %** wynagrodzenia netto, o którym mowa odpowiednio w § 8 ust. 1 pkt 2, 3 i 5, w odniesieniu do każdej z ładowarek za każdy rozpoczęty dzień zwłoki;
 - b) wykonania dokumentacji projektowej i uzyskania wszelkich wymaganych pozwoleń, prawomocnej decyzji zezwalającej na rozpoczęcie robót budowlanych o których mowa w § 1 ust. 1 pkt 3 Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 300 zł, za każdy rozpoczęty dzień zwłoki;
- 3) w przypadku, gdy zwłoka, o której mowa w pkt. 1 lub (i) w pkt. 2 przekroczy 60 dni:
 - a) wysokość kar umownych, obliczonych zgodnie z pkt. 1 lub (i) z pkt. 2, ulega podwojeniu,
 - b) Zamawiającemu przysługuje prawo do odstąpienia od umowy w trybie natychmiastowym;
- 4) za odstąpienie przez Zamawiającego od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę w wysokości **10 %** całkowitej wartości przedmiotu umowy netto, o której mowa w § 8 ust. 2 niniejszej umowy;
- 4a) za odstąpienie przez Wykonawcę od umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, Zamawiający zapłaci Wykonawcy karę w wysokości **10 %** całkowitej wartości przedmiotu umowy netto, o której mowa w § 8 ust. 2 niniejszej umowy;
- 5) wynikające z Warunków Obsługi Gwarancyjnej (WOG) autobusów EV12;
- 6) za zwłokę w dostarczeniu dokumentacji i urządzeń, o których mowa w § 4 pkt 1 lit. b i c lub (i) pkt 2 lit. od b) do d), lub (i) pkt 3 lub (i) pkt 4 niniejszej umowy, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości **5.000,00 zł** za sam fakt wystąpienia zwłoki; kara umowna z tytułu dostarczenia dokumentacji może być również naliczona, gdy w trakcie eksploatacji przedmiotu umowy okaże się, że dostarczona dokumentacja nie odpowiada stanowi faktycznemu przedmiotu umowy, np.: gdy dostarczone schematy instalacji elektrycznej różnią się od faktycznie wykonanej instalacji w autobusie EV 12 o ile Wykonawca nie złożył Zamawiającemu, w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie, prawidłowej dokumentacji w formie i w ilości przewidzianej pierwotnie w umowie dla tej dokumentacji.
Zapłacenie tej kary nie zwalnia Wykonawcy z obowiązku dostarczenia tej dokumentacji i tych urządzeń;
- 7) za brak zapłaty wynagrodzenia należnego Podwykonawcom lub dalszym Podwykonawcom z tytułu zmiany wysokości wynagrodzenia Wykonawcy, w sytuacji opisanej w § 12 ust. 11 pkt 2 umowy – kara umowna w wysokości **1000 zł** za każdy przypadek odrębnie nieprzedłożenie przez Wykonawcę oświadczenia, o którym mowa w § 12 ust. 11 pkt 2 jest traktowane jako brak zapłaty wynagrodzenia należnego Podwykonawcom;
- 8) z tytułu niespełnienia przez Wykonawcę lub Podwykonawcę wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności wskazane w § 16 ust. 1 umowy – kara w wysokości 0,1% Wynagrodzenia brutto, określonego w § 8 ust. 1 pkt 5 umowy;

5. łączna maksymalna wartość kar umownych, których może dochodzić każda ze Stron, wynosi **10 %** ceny brutto wskazanej w § 8 ust. 2. Jeżeli kary umowne zastrzeżone w niniejszej umowie nie pokrywają poniesionej przez Stronę szkody, każda ze Stron może dochodzić odszkodowania uzupełniającego na zasadach ogólnych przewidzianych w Kodeksie cywilnym.

Zwracamy się z wnioskiem o usunięcie zapisu „Jeżeli kary umowne zastrzeżone w niniejszej umowie nie pokrywają poniesionej przez Strony szkody, każda ze Stron może dochodzić odszkodowania uzupełniającego na zasadach ogólnych przewidzianych w Kodeksie cywilnym.”

Zamawiający ma prawo naliczać kary umowne i jest to wystarczająca sankcja za niewłaściwe wywiązywanie się ze zobowiązań umownych przez Wykonawcę. Dodatkowe prawo dochodzenia odszkodowania jest zatem zbędne. Pozostawiając takie prawo Wykonawca nie byłby w stanie dokładnie ocenić z jakim ryzykiem finansowym wiąże się złożenie oferty w przetargu

Brak zmiany na powyższe skutkował będzie niezłożeniem oferty, z uwagi na zbyt zawyżone ryzyko związane z karami.

Odpowiedź 11

Zamawiający częściowo wyraża zgodę na wniosek Wykonawcy (w zakresie obniżenia kary umownej za odstąpienie od umowy oraz w zakresie obniżenia łącznego wymiaru kar umownych przysługujących Stronom z tytułu nienależytego wykonywania umowy). Zamawiający ponadto informuje, iż – wbrew twierdzeniom Wykonawcy – obecny poziom kar umownych nie wykracza poza wysokość kar umownych standardowo stosowanych w podobnych postępowaniach prowadzonych przez innych Zamawiających, w podobnym przedmiocie zamówienia. W ocenie Zamawiającego poziom kar umownych jest adekwatny do okoliczności i warunków określonych w SWZ, a także konieczny do zabezpieczenia interesów Zamawiającego.

Godzi się również podkreślić, iż procentowa wartość kar umownych jest w tym postępowaniu niższa niż wartość kar umownych przewidziana w postępowaniu na dostawę autobusów prowadzonym przez Zamawiającego w 2020 roku. Zamawiający również obniżył wysokość kar umownych w stosunku do poprzedniego postępowania o zamówienie publiczne prowadzone w roku bieżącym.

Zamawiający zmienia brzmienie § 9 ust. 1 pkt 4 i 4a oraz ust. 5 załącznika nr 7 do SWZ - PPU w następujący sposób:

„4) za odstąpienie przez Zamawiającego od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 15% całkowitej wartości przedmiotu umowy netto, o której mowa w § 8 ust. 2 umowy;

„4a) za odstąpienie przez Wykonawcę od umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, Zamawiający zapłaci Wykonawcy karę umowną w wysokości 15% całkowitej wartości przedmiotu umowy netto, o której mowa w § 8 ust. 2 umowy;”

„5. Łączna maksymalna wartość kar umownych, których może dochodzić każda ze Stron, wynosi 15 % ceny brutto wskazanej w § 8 ust. 2. Jeżeli kary umowne zastrzeżone w niniejszej umowie nie pokrywają poniesionej przez Strony szkody, każda ze Stron może dochodzić odszkodowania uzupełniającego na zasadach ogólnych przewidzianych w Kodeksie cywilnym.”

Jednocześnie Zamawiający nie wyraża na zgody na usunięcie postanowienia określonego w treści § 9 ust. 5 „Jeżeli kary umowne zastrzeżone w niniejszej umowie nie pokrywają poniesionej przez Strony szkody, każda ze Stron może dochodzić odszkodowania uzupełniającego na zasadach ogólnych przewidzianych w Kodeksie cywilnym.”. Jest to standardowe postanowienie umowne, które Zamawiający umieszcza w PPU celem zabezpieczenia Zamawiającego na wypadek wyrządzenia przez Wykonawcę szkody przekraczającej wysokość kar umownych. Dochodzenie odszkodowania z tego tytułu wymaga jednak udowodnienia przez Zamawiającego przesłanek odszkodowawczych przed sądem, w tym winy Wykonawcy przy wyrządzeniu szkody.

Pytanie 12

W załączniku nr 7 par. 9, ust. 1 pkt 3 wzoru umowy Zamawiający napisał:

3) w przypadku, gdy zwłoka, o której mowa w pkt. 1 lub (i) w pkt. 2 przekroczy 60 dni:

- a) wysokość kar umownych, obliczonych zgodnie z pkt. 1 lub (i) z pkt. 2, ulega podwojeniu,
- b) Zamawiającemu przysługuje prawo do odstąpienia od umowy w trybie natychmiastowym;

1. W przedmiotowym postępowaniu określone przez Zamawiającego kary są wysokie. Wykonawca nie zakłada wystąpienia kar umownych, jednakże kalkulując postępowanie Wykonawca musi brać wszystkie ryzyka pod uwagę i kalkulować je w cenę. Zwracamy się z wnioskiem o usunięcie zapisów dotyczących podwojenia kar umownych po okresie 60 dni lub wydłużenie terminu do 90.

2. Zwracamy się z wnioskiem o usunięcie zapisów „Zamawiającemu przysługuje prawo do odstąpienia od umowy w trybie natychmiastowym;” lub wprowadzenie postanowienia, że Zamawiający najpierw poinformuje wykonawcę o zamiarze odstąpienia od umowy.

Odpowiedź 12

Zamawiający wyraża zgodę na usunięcie treści § 9 ust. 1 pkt 3 załącznika nr 7 do SWZ - PPU.

Pytanie 13

W załączniku nr 7 par. 9 ust. 1 pkt 6, Zamawiający napisał:

6) za zwłokę w dostarczeniu dokumentacji i urządzeń, o których mowa w § 4 pkt 1 lit. b i c lub (i) pkt 2 lit. od b) do d), lub (i) pkt 3 lub (i) pkt 4 niniejszej umowy, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 10.000,00 zł za sam fakt wystąpienia zwłoki; kara umowna z tytułu dostarczenia dokumentacji może być również naliczona, gdy w trakcie eksploatacji przedmiotu umowy okaże się, że dostarczona dokumentacja nie odpowiada stanowi faktycznemu przedmiotu umowy, np.: gdy dostarczone schematy instalacji elektrycznej różnią się od faktycznie wykonanej instalacji w autobusie EV 12 o ile Wykonawca nie złożył Zamawiającemu, w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie, prawidłowej dokumentacji w formie i w ilości przewidzianej pierwotnie w umowie dla tej dokumentacji. Zapłacenie tej kary nie zwalnia Wykonawcy z obowiązku dostarczenia tej dokumentacji i tych urządzeń;

Zwracamy się z wnioskiem o wykreślenie zapisów: kara umowna z tytułu dostarczenia dokumentacji może być również naliczona, gdy w trakcie eksploatacji przedmiotu umowy okaże się, że dostarczona dokumentacja nie odpowiada stanowi faktycznemu przedmiotu umowy, np.: gdy dostarczone schematy instalacji elektrycznej różnią się od faktycznie wykonanej instalacji w autobusie EV 12 o ile Wykonawca nie złożył Zamawiającemu, w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie, prawidłowej dokumentacji w formie i w ilości przewidzianej pierwotnie w umowie dla tej dokumentacji.

Odpowiedź 13

Zamawiający wyraża zgodę na usunięcie części treści postanowienia § 9 ust. 1 pkt 6 załącznika nr 7 do SWZ – PPU, zgodnie z wnioskiem Wykonawcy.

Pytanie 14

W załączniku nr 7 par. 9, ust. 2 wzoru umowy Zamawiający napisał:

Niezależnie od kar umownych, o których mowa w ust. 1, w przypadku utraty przez Zamawiającego dofinansowania, o którym mowa w § 8 ust. 8 niniejszej umowy z winy Wykonawcy, z powodu niewykonania lub nienależytego wykonania przedmiotu niniejszej umowy przez Wykonawcę (np. zwłoki w realizacji przedmiotu umowy), odstąpienia, wypowiedzenia lub rozwiązania umowy z winy Wykonawcy, Wykonawca zapłaci Zamawiającemu odszkodowanie w wysokości utraconego przez Zamawiającego dofinansowania.

Zwracamy się z wnioskiem o możliwość usunięcia tego postanowienia. Zamawiający ma prawo naliczać kary umowne i jest to wystarczająca sankcja za niewłaściwe wywiązywanie się ze zobowiązań umownych przez Wykonawcę. Dodatkowe prawo dochodzenia odszkodowania jest zatem zbędne. Pozostawiając takie prawo Wykonawca nie byłby w stanie dokładnie ocenić z jakim ryzykiem finansowym wiąże się złożenie oferty w przetargu.

W przypadku braku usunięcia postanowienia, prosimy o dodanie zapisu, że ww. postanowienia nie stosuje się, jeżeli Wykonawca nie wykona w terminie umowy, np. z powodu siły wyższej, i że w przypadku siły wyższej Wykonawca nie jest zobowiązany do zwrotu dofinansowania Zamawiającemu.

Odpowiedź 14

Zamawiający nie wyraża na powyższe zgody. Zamawiający wskazuje jednocześnie, iż w doktrynie i orzecznictwie powszechnie przyjmuje się, że **choć odpowiedzialność dłużnika z tytułu kary umownej za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nie jest uwarunkowana poniesieniem przez wierzyciela szkody, to jest uwarunkowana pozostałymi przesłankami odpowiedzialności kontraktowej przewidzianej w art. 471 k.c.** Kara umowna stanowi bowiem formę odszkodowania umownego i przysługuje wierzycielowi jedynie wtedy, gdy niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy jest następstwem okoliczności, za które dłużnik ponosi odpowiedzialność. Innymi słowy, zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się z zakresem ogólnej odpowiedzialności kontraktowej dłużnika, który zwolniony jest od obowiązku zapłaty kary, gdy wykaze, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania było następstwem okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności, w tym np. siły wyższej.

Pytanie 15

W załączniku nr 7 par. 8, ust. 9 oraz par. 14, ust. 2 wzoru umowy Zamawiający napisał:

Par. 8, ust. 9. Wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 2, obejmuje również wynagrodzenie za przeniesienie praw autorskich do dokumentacji projektowej na polach eksploatacji wskazanych w § 14 ust. 2.

Par. 14, ust. 2. Z dniem ostatecznego odbioru przedmiotu zamówienia lub jego części Wykonawca przenosi na Zamawiającego nieograniczone autorskie prawa majątkowe do opracowań składających się na przedmiot umowy, bez ograniczeń co do terytorium, czasu, liczby egzemplarzy, na następujących polach eksploatacji: 1) w zakresie utrwalania i zwielokrotniania w całości lub w części poprzez wytwarzanie egzemplarzy utworu jakąkolwiek techniką (w tym drukarską i cyfrową); 2) w zakresie obrotu oryginałem albo egzemplarzami, na których utwór utrwalono – wprowadzenie do obrotu, użyczenie lub najem oryginału lub egzemplarzy; 3) w zakresie rozpowszechniania poprzez publiczne udostępnienie w taki sposób, aby każdy mógł mieć do nich dostęp w czasie i miejscu przez siebie wybranym, w szczególności przez wprowadzanie do pamięci komputera i umieszczanie w sieci internetowej; 4) korzystania na własny użytek.

Zwracamy się z wnioskiem o zmianę postanowień. Nie ma możliwości przeniesienia praw autorskich. Wykonawca udziela licencji niewyłącznej, nieograniczonej w czasie i przestrzeni do wszelkiej dokumentacji dostarczonej Zamawiającemu i wszelkich innych rezultatów prac.

Odpowiedź 15

Zamawiający nie wyraża na powyższe zgody. Jednocześnie Zamawiający wskazuje, iż przeniesienie praw autorskich dotyczy jedynie dokumentacji projektowej, o której mowa w § 1 ust. 1 pkt 3 PPU, tj. dokumentacji projektowej niezbędnej do posadowienia ładowarek pantografowych, a nie wszelkiej pozostałej dokumentacji dostarczonej Zamawiającemu przez Wykonawcę w związku z realizacją Umowy.

Pytanie 16 –

W załączniku nr 7 par. 11, ust. 2 pkt. 3 wzoru umowy Zamawiający napisał:

Zamawiający jest uprawniony do odstąpienia od umowy w terminie 30 dni od dnia uzyskania przez niego wiedzy o okoliczności uzasadniającej odstąpienie, jeżeli Wykonawca:

3) zwłoka w realizacji przedmiotu zamówienia jest większa niż 14 dni kalendarzowych w stosunku do terminów określonych w § 2,

1. Wykonawca nie przewiduje opóźnień w realizacji przedmiotu zamówienia, jednakże zwraca się z wnioskiem o wydłużenie terminu do 90 dni, zgodnie z wnioskiem Wykonawcy w Pytaniu 12.
2. Zwracamy się z wnioskiem o usunięcie zapisów o odstąpieniu lub wprowadzenie postanowienia, że Zamawiający najpierw poinformuje wykonawcę o zamiarze odstąpienia od umowy.

Odpowiedź 16

Zamawiający częściowo uwzględni wniosek Wykonawcy i zmienia treść § 11 ust. 2 pkt 3 załącznika nr 7 do SWZ – PPU w następujący sposób:

„3) zwłoka w realizacji przedmiotu zamówienia jest większa niż 30 dni kalendarzowych w stosunku do terminów określonych w § 2,”

Pytanie 17

W załączniku nr 7 par. 11, ust. 4 wzoru umowy Zamawiający napisał:

4. W uzasadnionych przypadkach Zamawiający może odstąpić od umowy w części z innych przyczyn niż wskazane w ust. 3. W przypadku odstąpienia od umowy w części z przyczyn innych niż wskazane w ust. 3 Zamawiający gwarantuje Wykonawcy wykonanie robót o wartości nie mniejszej niż 50% wartości przedmiotu umowy. Z tytułu zmniejszenia zakresu umowy Wykonawcy nie przysługują żadne roszczenia.

1. Z uwagi na niejasność zapisów, zwracamy się z prośbą o usunięcie powyższego postanowienia.
2. Zwracamy się z wnioskiem o doprecyzowanie pojęcia „uzasadnione przypadki”.

Odpowiedź 17

Zamawiający nie wyraża na powyższe zgody. Jednocześnie Zamawiający informuje, iż nie przewiduje sytuacji, które mogłyby doprowadzić z jego inicjatywy do zmniejszenia zakresu umowy.

Pytanie 18

W załączniku nr 7 par. 11, ust. 7 wzoru umowy Zamawiający napisał:

7. Jeżeli w terminie 14 dni od dnia odstąpienia od umowy nie dojdzie do sporządzenia przez Strony wspólnego protokołu opisanego w ust. 6, Zamawiający sporządzi go samodzielnie i protokół ten będzie stanowił podstawę dokonania rozliczenia między Stronami.

Zwracamy się z wnioskiem o usunięcie ww. postanowienia.

Odpowiedź 18

Zamawiający nie wyraża na powyższe zgody.

Pytanie 19

Zwracamy się z wnioskiem o dodanie w paragrafie 12 ust. 3 zmiany terminów wskazanych w umowie w przypadku:

- a) wydłużenia terminów dostaw materiałów/urządzeń z przyczyn niezależnych od Dostawcy - o czas niezbędny do usunięcia przeszkody w prowadzeniu prac objętych przedmiotem umowy.

Swoją prośbę wykonawca motywuje wspólnym interesem tak Zamawiającego jak i wykonawcy.

Bez wprowadzenia wyżej zaproponowanej zmiany ewentualna modyfikacja postanowień umowy będzie praktycznie niemożliwa ze względu na ograniczenia stawiane przez Prawo Zamówień Publicznych – i to nawet w przypadku woli zmiany umowy wyrażonej przez Zamawiającego. Ewentualne dostosowanie kompletacji pojazdów zgodnie z życzeniem Zamawiającego czy też choćby drobne zmiany w rozplanowaniu wnętrza autobusów zaproponowane przez Zamawiającego okażą się niemożliwe do zaimplementowania ze względu na fakt, iż umowa takich działań nie dopuszcza. Stąd wniosek i prośba o zmianę § 12 wzoru umowy w sposób, który przyczyni się do umożliwienia ewentualnych rozmów pomiędzy Zamawiającym a wykonawcą w trakcie wykonywania umowy. Wykonawca zaznacza przy tym, że taka redakcja zapisu w żadnej mierze nie obliuguje Zamawiającego do wyrażania zgody na ewentualne zmiany umowy i pozostanie to nadal wyłącznie prawem, a nie obowiązkiem Zamawiającego.

Odpowiedź 19

Zamawiający wyraża na powyższe zgodę i zmienia brzmienie § 12 ust. 3 pkt 1 załącznika nr 7 do SWZ PPU - w następujący sposób:

„3. Zmiana terminów wskazanych w umowie może nastąpić w przypadku:

- 1) wystąpienia okoliczności lub zdarzeń niezależnych od stron umowy, których wystąpienia nie można było przewidzieć w dniu zawarcia umowy, uniemożliwiających realizację w wyznaczonym terminie przedmiotu umowy, w tym również wydłużenia terminów dostaw materiałów lub urządzeń niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia z przyczyn niezależnych od Wykonawcy;”

Pytanie 20

W załączniku nr 7 par. 12, wzoru umowy Zamawiający opisuje waloryzację.

Zwracamy się z wnioskiem o zmianę warunków waloryzacji i wprowadzenie poniższych zapisów:

pkt 1

Wynagrodzenie Wykonawcy wskazane w §. 2 Umowy (dalej: Wynagrodzenie) będzie podlegało podwyższeniu w następujący sposób.

pkt 2

- 1) 50% Wynagrodzenia Wykonawcy nie podlega waloryzacji, pozostaje stałe.
- 2) 35% Wynagrodzenia Wykonawcy będzie podlegało waloryzacji (podwyższeniu) na podstawie Zharmonizowanego Wskaźnika Cen Konsumpcyjnych publikowanego przez Eurostat dla Unii Europejskiej (27 Państw, od 2020 r., 2015 =100) (dalej: HICP).

- 3) 15% Wynagrodzenia Wykonawcy będzie podlegało waloryzacji (podwyższeniu) na podstawie publikowanego przez Główny Urząd Statystyczny (dalej: GUS) Przeciętnego Miesięcznego Wynagrodzenia Brutto w Sektorze Przedsiębiorstw w Polsce (dalej: Przeciętne Wynagrodzenie).

Wynagrodzenie Wykonawcy będzie obliczane na podstawie następującego wzoru:

$$P_n = P_o * W_n$$

Gdzie:

P_n - Wynagrodzenie Wykonawcy po waloryzacji, P_o

- Wynagrodzenie Wykonawcy przed waloryzacją,

W_n – procentowy wskaźnik wzrostu Wynagrodzenia Wykonawcy.

Wskaźnik wzrostu Wynagrodzenia Wykonawcy W_n będzie obliczany na podstawie następującego wzoru :

$$W_n = a + b \frac{HICP_n}{HICP_o} + c \frac{R_n}{R_o}$$

a = 50 %, b = 35%, c =

15%.

Gdzie:

HICP_o – jest średnią arytmetyczną miesięcznych wskaźników HICP za ostatnich 12 miesięcy: - przed dniem podpisania Umowy, w przypadku pierwszej waloryzacji (z zastrzeżeniem ustępu 3 poniżej), lub

- przed datą ostatniej waloryzacji, w przypadku kolejnych waloryzacji.

HICP_n - jest średnią arytmetyczną ostatnich 12 (dwunastu) miesięcznych wskaźników HICP opublikowanych przed miesiącem, w którym dokonywana jest waloryzacja.

R_o – jest średnią arytmetyczną miesięcznych wartości Przeciętnego Wynagrodzenia za ostatnich 12 miesięcy:

- przed dniem podpisania Umowy, w przypadku pierwszej waloryzacji (z zastrzeżeniem ustępu 3 poniżej), lub
- przed datą ostatniej waloryzacji, w przypadku kolejnych waloryzacji.

R_n – jest średnią arytmetyczną ostatnich 12 (dwunastu) miesięcznych wartości Przeciętnego Wynagrodzenia opublikowanych przed miesiącem, w którym dokonywana jest waloryzacja.

Warunkiem waloryzacji Wynagrodzenia Wykonawcy jest, że każdorazowo, w dniu waloryzacji Wynagrodzenia wartość W_n (procentowego wskaźnika wzrostu Wynagrodzenia Wykonawcy) wyliczona na podstawie powyższego wzoru przekroczy 102 %.

Pierwsza waloryzacja Wynagrodzenia nastąpi nie wcześniej niż 6 miesięcy po podpisaniu Umowy. Kolejne waloryzacje nie mogą następować częściej niż co miesiąc.

Waloryzacja nastąpi na podstawie oświadczenia Strony żądającej zmiany, w którym przedstawi ona wyliczenie Wynagrodzenia Wykonawcy podlegającego waloryzacji w oparciu o postanowienia niniejszego artykułu.

Maksymalne podwyższenie Wynagrodzenia Wykonawcy na podstawie niniejszego postanowienia nie będzie mogło przekroczyć 50 % Wynagrodzenia Wykonawcy.

pkt 3

Jeżeli Umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert, początkowym terminem ustalenia zmiany Wynagrodzenia jest dzień otwarcia ofert.

Odpowiedź 20

Zamawiający nie wyraża na powyższe zgody.

Pytanie 21

W załączniku nr 7 par. 12, ust. 12 wzoru umowy Zamawiający napisał:

12. Maksymalna wartość zmiany wynagrodzenia, o której mowa w ust. 9, nie może być wyższa niż 5 % całkowitej wartości przedmiotu umowy brutto należnego Wykonawcy z tytułu wykonania Umowy. Zmiana sposobu płatności wynagrodzenia wskazanego w § 8 ust. 1 może nastąpić w przypadku ewentualnych zmian warunków finansowania dokonanych przez Instytucję Dofinansującą.

Zwracamy się z wnioskiem o możliwość zmiany ww. postanowienia poprzez podwyższenie % wartości zmiany wynagrodzenia w stosunku do całkowitej wartości przedmiotu umowy brutto należnego Wykonawcy z tytułu wykonania Umowy do 20%.

Odpowiedź 21

Zamawiający nie wyraża na powyższe zgody.

Pytanie 22

W załączniku nr 7 par. 13, ust. 2, pkt 21 wzoru umowy Zamawiający napisał:

21) Konieczność wielokrotnego dokonywania bezpośredniej zapłaty podwykonawcy lub dalszemu podwykonawcy lub konieczność dokonania bezpośrednich zapłat na sumę większą niż 5% wartości umowy może stanowić podstawę do odstąpienia od umowy.

Zwracamy się z wnioskiem o usunięcie powyższego zapisu.

Odpowiedź 22

Zamawiający nie wyraża na powyższe zgody. Zamawiający wskazuje ponadto, iż postanowienie to stanowi powielenie regulacji ustawowej, tj. art. 465 ust. 7 ustawy Pzp.

Pytanie 23

W załączniku nr 7 par. 13, ust. 2 pkt 23 wzoru umowy Zamawiający napisał:

23) W przypadku dokonania przez Zamawiającego bezpośredniej zapłaty wynagrodzenia na rzecz podwykonawcy lub odpowiednio dalszego podwykonawcy, Wykonawca oraz odpowiednio podwykonawca i dalsi podwykonawcy odpowiadają wobec Zamawiającego solidarnie na zasadzie odpowiedzialności regresowej, w pełnej wysokości kwot uiszczonych przez Zamawiającego na rzecz Podwykonawcy, w tym z tytułu wynagrodzenia oraz ewentualnych kosztów sądowych, kosztów zastępstwa procesowego, kosztów zastępstwa prawnego w postępowaniu egzekucyjnym i zasądzonych przez sąd odsetek. O ile Zamawiający nie dokona potrącenia wierzytelności z tytułu regresu z wierzytelnością Wykonawcy z tytułu zapłaty wynagrodzenia, Wykonawca zobowiązany jest do zapłaty wobec Zamawiającego, w terminie 7 dni od dnia wezwania. Brak zapłaty w tym terminie uważany będzie za nienależyte wykonanie umowy uprawniające Zamawiającego do realizacji jego uprawnień z tytułu zabezpieczenia należytego wykonania umowy.

Postanowienia powyższe nie uchybiają uprawnieniu Zamawiającego do dokonania potrącenia przysługujących mu wierzytelności z jakimikolwiek wierzytelnościami przysługującymi Wykonawcy wobec Zamawiającego. Postanowienia niniejszego ustępu będą miały także odpowiednie zastosowanie, w przypadku prawomocnego uznania przez właściwy sąd, że niezaakceptowanemu podwykonawcy przysługuje status Podwykonawcy zaakceptowanego

Zwracamy się z wnioskiem o usunięcie ww. postanowienia.

Odpowiedź 23

Zamawiający nie wyraża na powyższe zgody.

Pytanie 24

Wykonawca informuje, że jeśli uzyskanie pozytywnej decyzji na wycinkę drzew nie nastąpi do dnia 30 stycznia 2024 roku, to niemożliwym będzie realizacja tego przedsięwzięcia do 1 marca 2024, z uwagi na rozpoczęcie okresu lęgowego ptactwa.

W następstwie tego, wycinka będzie możliwa dopiero po 15 października 2024, a to niestety nie daje możliwości wykonania prac budowlanych i realizacji umowy we wskazanym przez Zamawiającego terminie, gdzie wina nie będzie leżała po stronie Wykonawcy. Prosimy o potwierdzenie i akceptację przez Zamawiającego, że będzie to potraktowane jako wystąpienia siły wyższej, tzn. niezależnego od Strony losowego zdarzenia zewnętrznego, które było niemożliwe do przewidzenia w momencie zawarcia umowy i któremu nie można było zapobiec mimo dochowania staranności, a miało ono wpływ na terminowe wykonanie przedmiotu umowy.

Odpowiedź 24

Zamawiający jest już w toku procedury uzyskania przedmiotowej decyzji, która będzie wydana w terminie 30 dni, a następnie przekazana wybranemu Wykonawcy, czynność ta nastąpi najpóźniej w bieżącym roku kalendarzowym.

Pytanie 25

W Zał. nr 1 do PPU, par. 2, ust. 1, pkt 6-12, Zamawiający napisał:

6) w okresie gwarancji na cały autobus, zapłaceniu kar za nieterminowe dostarczenie części do napraw gwarancyjnych w kwocie odpowiadającej równowartości w złotych polskich 100 euro (według średniego kursu NBP z ostatniego dnia roboczego poprzedzającego dzień naliczenia kary), za każdy rozpoczęty dzień zwłoki, poczynwszy od:

- a) czwartego dnia licząc od daty zgłoszenia - dotyczy części do napraw gwarancyjnych,
- b) jedenastego dnia licząc od daty zgłoszenia - dotyczy części do napraw nie podlegających gwarancji lub powypadkowych,

7) po upływie okresu gwarancji na cały autobus zapłaceniu kar za nieterminowe dostarczenie części do napraw nie podlegających gwarancji lub do napraw powypadkowych w kwocie, odpowiadającej równowartości w złotych polskich 20 euro (według średniego kursu NBP z ostatniego dnia roboczego poprzedzającego dzień naliczenia kary), za każdy rozpoczęty dzień zwłoki, poczynwszy od jedenastego dnia licząc od daty zgłoszenia,

8) zapłaceniu kar za nieterminowe wykonanie naprawy gwarancyjnej lub powypadkowej, o których mowa

w § 3 ust. 2 pkt 2 lit. a i b, w kwocie odpowiadającej równowartości w złotych polskich 100 euro (według średniego kursu NBP z ostatniego dnia roboczego poprzedzającego dzień naliczenia kary), za każdy rozpoczęty dzień zwłoki, począwszy od:

a) szóstego dnia licząc od dnia jej zgłoszenia- dotyczy napraw gwarancyjnych, o których mowa w § 3 ust. 2 pkt 2 lit. a,

b) piętnastego dnia licząc od dnia jej zgłoszenia- dotyczy napraw powypadkowych, o których mowa w § 3 ust. 2 pkt 2 lit. b,

9) zapłaceniu, w okresie gwarancji autobusu lub jego podzespołu, kar za nieterminowe wykonanie obsługi technicznej, o której mowa w § 3 ust 3 - w kwocie, odpowiadającej równowartości w złotych polskich 100 euro (według średniego kursu NBP z ostatniego dnia roboczego poprzedzającego dzień naliczenia kary), za każdy rozpoczęty dzień zwłoki, począwszy od szóstego dnia, licząc od dnia jej zgłoszenia,

10) zapłaceniu kar umownych za udzielenie rad technicznych, o których mowa w ust. 1 pkt 5, w wyniku zastosowania których, zgłoszona usterka nie została prawidłowo lub w ogóle usunięta w kwocie odpowiadającej równowartości w złotych polskich 100 euro (według średniego kursu NBP z ostatniego dnia roboczego poprzedzającego dzień naliczenia kary), za każdy rozpoczęty dzień zwłoki licząc od dnia zastosowania danej rady technicznej,

11) zapłaceniu kar umownych za brak udzielenia rad technicznych, o których mowa w ust. 1 pkt 5, w kwocie odpowiadającej równowartości w złotych polskich 100 euro (według średniego kursu NBP z ostatniego dnia roboczego poprzedzającego dzień naliczenia kary), za każdy rozpoczęty dzień zwłoki począwszy od trzeciego dnia, licząc od dnia zgłoszenia,

12) zapłaceniu kar umownych, wynikających z okoliczności, o których mowa w § 4 ust. 1 pkt 1 i 2, w kwocie odpowiadającej równowartości w złotych polskich 150 euro (według średniego kursu NBP z ostatniego dnia roboczego poprzedzającego dzień naliczenia kary) za każdy stwierdzony przypadek,

W ocenie Wykonawcy, tak ukształtowane kary umowne wykraczają poza wysokość kar umownych standardowo stosowanych w podobnych postępowaniach prowadzonych przez innych Zamawiających, w podobnym przedmiocie. W związku z powyższym wnosimy o zmniejszenie wysokości kar w taki sposób, ażeby zapisy przedstawiały się następująco:

6) w okresie gwarancji na cały autobus, zapłaceniu kar za nieterminowe dostarczenie części do napraw gwarancyjnych w kwocie odpowiadającej równowartości w złotych polskich **50 euro** (według średniego kursu NBP z ostatniego dnia roboczego poprzedzającego dzień naliczenia kary), za każdy rozpoczęty dzień zwłoki, począwszy od:

a) czwartego dnia licząc od daty zgłoszenia - dotyczy części do napraw gwarancyjnych,

b) jedenastego dnia licząc od daty zgłoszenia - dotyczy części do napraw nie podlegających gwarancji lub powypadkowych,

7) po upływie okresu gwarancji na cały autobus zapłaceniu kar za nieterminowe dostarczenie części do napraw nie podlegających gwarancji lub do napraw powypadkowych w kwocie, odpowiadającej równowartości w złotych polskich 20 euro (według średniego kursu NBP z ostatniego dnia roboczego poprzedzającego dzień naliczenia kary), za każdy rozpoczęty dzień zwłoki, począwszy od jedenastego dnia licząc od daty zgłoszenia,

8) zapłacenia kar za nieterminowe wykonanie naprawy gwarancyjnej lub powypadkowej, o których mowa

w § 3 ust. 2 pkt 2 lit. a i b, w kwocie odpowiadającej równowartości w złotych polskich **50 euro** (według średniego kursu NBP z ostatniego dnia roboczego poprzedzającego dzień naliczenia kary), za każdy rozpoczęty dzień zwłoki, poczynwszy od:

a) szóstego dnia licząc od dnia jej zgłoszenia- dotyczy napraw gwarancyjnych, o których mowa w § 3 ust. 2 pkt 2 lit. a,

b) piętnastego dnia licząc od dnia jej zgłoszenia- dotyczy napraw powypadkowych, o których mowa w § 3 ust. 2 pkt 2 lit. b,

9) zapłacenia, w okresie gwarancji autobusu lub jego podzespołu, kar za nieterminowe wykonanie obsługi technicznej, o której mowa w § 3 ust 3 - w kwocie, odpowiadającej równowartości w złotych polskich **50 euro** (według średniego kursu NBP z ostatniego dnia roboczego poprzedzającego dzień naliczenia kary), za każdy rozpoczęty dzień zwłoki, poczynwszy od szóstego dnia, licząc od dnia jej zgłoszenia,

10) zapłacenia kar umownych za udzielenie rad technicznych, o których mowa w ust. 1 pkt 5, w wyniku zastosowania których, zgłoszona usterka nie została prawidłowo lub w ogóle usunięta w kwocie odpowiadającej równowartości w złotych polskich **50 euro** (według średniego kursu NBP z ostatniego dnia roboczego poprzedzającego dzień naliczenia kary), za każdy rozpoczęty dzień zwłoki licząc od dnia zastosowania danej rady technicznej,

11) zapłacenia kar umownych za brak udzielenia rad technicznych, o których mowa w ust. 1 pkt 5, w kwocie odpowiadającej równowartości w złotych polskich **50 euro** (według średniego kursu NBP z ostatniego dnia roboczego poprzedzającego dzień naliczenia kary), za każdy rozpoczęty dzień zwłoki poczynwszy od trzeciego dnia, licząc od dnia zgłoszenia,

12) zapłacenia kar umownych, wynikających z okoliczności, o których mowa w § 4 ust. 1 pkt 1 i 2, w kwocie odpowiadającej równowartości w złotych polskich **100 euro** (według średniego kursu NBP z ostatniego dnia roboczego poprzedzającego dzień naliczenia kary) za każdy stwierdzony przypadek,

Brak zmiany na powyższe skutkował będzie niezłożeniem oferty, z uwagi na zbyt zawyżone ryzyko związane z karami.

Odpowiedź 25:

Zamawiający nie wyraża zgody na wniosek Wykonawcy, podtrzymując tym samym zapisy SWZ, ponadto Zamawiający informuje, że wbrew twierdzeniom Wykonawcy obecny poziom kar umownych nie wykracza poza wysokość kar umownych standardowo stosowanych w podobnych postępowaniach prowadzonych przez innych Zamawiających, w podobnym przedmiocie zamówienia.

W ocenie Zamawiającego poziom kar umownych jest adekwatny do okoliczności i warunków określonych w SWZ, a także konieczny do zastosowania w celu zabezpieczenia interesów Zamawiającego w tym terminowej i należytej realizacji napraw i usług przedmiotu zamówienia. W/w katalog kar umownych jest bezpośrednio powiązany z wyłączeniem autobusu z eksploatacji lub brakiem możliwości korzystania z autobusu przez Zamawiającego np. w z powodu braku części zamiennych lub nie wykonanej w terminie naprawy gwarancyjnej lub obsługi technicznej.

Podkreślenia wymaga fakt, że naliczona (potencjalnie) Wykonawcy kara umowna zgodnie z przyjętym ww. poziomem kar nie rekompensuje Zamawiającemu pełnej wysokości szkody jaką Zamawiający

poniesie (potencjalnie) w wyniku nienależytych działań Wykonawcy w związku z brakiem możliwości korzystania w danym dniu z autobusu lub w przypadku konieczności przerwania wykonywania zadań przewozowych autobusem oraz jej naliczenie nie prowadzi do nadmiernego wzbogacenia się Zamawiającego kosztem Wykonawcy.

Pytanie 26

W załączniku nr 21 do SWZ, ust. 1 podpunkt b oraz ust. 5:

W szczególności treść dokumentu obejmującego zabezpieczenie (gwarancję) nie może zawierać postanowień:

- 1) warunkujących wykonanie świadczenia pieniężnego przez gwaranta od:
 - b) wezwania Zobowiązanego (Wykonawcy) przez Beneficjenta (Zamawiającego) do dobrowolnego wykonania lub należytego wykonania zobowiązania;

Zwracamy się z prośbą o usunięcie powyższego punktu, w pierwszej kolejności powinno nastąpić wezwanie do wykonania zobowiązania lub usunięcia usterki, a dopiero później Zamawiający (w przypadku odmowy ze strony Wykonawcy) będzie mógł skorzystać z gwarancji - wykreślenie takiego wymogu daje możliwość do nadużyć i pominięcia "ścieżki" wynikającej z umowy.

- 5) wskazujących, iż termin na dostarczenie kompletnego wezwania do Gwaranta (żądania zapłaty) upływa w ostatnim dniu terminu ważności gwarancji; dokument obejmujący gwarancję powinien wskazywać, iż żądanie zapłaty powinno być nadane do Gwaranta listem poleconym najpóźniej w ostatnim dniu terminu ważności gwarancji.

Zwracamy się z prośbą usunięcie powyższego zapisu, jest on niezgodny z powszechnie stosowanymi praktykami. Za dostarczenie wezwania do Gwaranta odpowiada Zamawiający i to w jego ryzyku jest również ewentualne opóźnienie w doręczeniu, czy zagubienie przesyłki przez pocztę/kuriera.

Towarzystwa ubezpieczeniowe nie zgadzają się na powyższe warunki zaproponowane przez Zamawiającego.

Odpowiedź 26

Zamawiający usunął postanowienie pkt 1 lit b w załączniku nr 21 do SWZ, natomiast podtrzymuje treść pkt 5 załącznika nr 21 do SWZ.

W związku z treścią:

1) odpowiedzi nr 8, 11, 12, 13, 16 i 19 Zamawiający zamieszcza na stronie prowadzonego postępowania zaktualizowaną treść załącznika nr 7 do SWZ - PPU w pliku pn. „Załącznik nr 7 do SWZ - PPU - (2) akt. 09.11.2023”

2) odpowiedzi nr 26 - Zamawiający zamieszcza na stronie prowadzonego postępowania zaktualizowaną treść załącznika nr 21 do SWZ w pliku pn. „zaktualizowany (2) - Załącznik nr 1, 2a, 3, 4, 5, 6, 19, 20, 21, 22, 23 w wersji edytowalnej”

Powyższe pliki uwzględniają zmiany dokonane w wyniku udzielonych odpowiedzi.

II. W związku z powyższymi odpowiedziami, mają na uwadze treść art. 135 ust. 3 oraz art. 137 ust. 1, 2, 4, 5 i 6 ustawy pzp – Zamawiający informuje, iż:

W dniu 07.11.2029 r. przekazał do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej stosowne ogłoszenie zmian lub dodatkowych informacji w którym zmieniono termin składania i otwarcia ofert oraz związania z ofertą.

Zgodnie z treścią zawartą w przepisie art. 137 ust. 5 ustawy pzp, Zamawiający udostępnia zmianę treści SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania po upływie 48 godzin od potwierdzenia przez Urząd Publikacji Unii Europejskiej otrzymania tego ogłoszenia. (potwierdzenie to nastąpiło o w dniu 07.11.2023 o godz. 14:27), a publikacja zmian treści SWZ na stronie internetowej prowadzonego postępowania następuje w dniu 08.11.2023 po godz. 14:27).

Jednocześnie informuje się, iż ogłoszenie zmian lub dodatkowych informacji o którym mowa w niniejszym piśmie, zostanie opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10.11.2023 r. – Zamawiający w dniu jutrzejszym zamieści przedmiotowe ogłoszenie na stronie prowadzonego postępowania.

W celu zapewnienia czasu na zapoznanie się z odpowiedziami, informuje o przedłużeniu

a) terminu składania ofert: z 13.11.2023 r. godz. 14:00 na **15.11.2023 r. godz. 14:00**

b) terminu otwarcia ofert: z 13.11.2023 r. godz. 14:15 na **15.11.2023 r. godz. 14:15**

c) terminu związania ofertą: z 10.02.2023 r. na **12.02.2024 r.**

Wadium należy wnieść w terminie do dnia 15.11.2023 r. godz. 14:00

Zamawiający informuje, iż w dalszym ciągu opracowuje odpowiedzi na pozostałe pytania do treści SWZ. Zamawiający w najbliższych dniach opublikuje odpowiedzi na pozostałe złożone wnioski o udzielenie wyjaśnień treści SWZ.

Wykonawca przygotowując ofertę na przedmiotowe zamówienie powinien brać pod uwagę powyższe wyjaśnienie, jako stanowiącą integralną część SWZ. Zgodnie z art. 135 ust. 6 oraz art. 137 ust. 2 ustawy Pzp, stanowisko Zamawiającego zostało przekazane wszystkim wykonawcom biorącym udział w postępowaniu poprzez zamieszczenie niniejszej informacji na stronie internetowej prowadzonego postępowania.

W imieniu Zamawiającego

Kierownik Wydziału Zamówień Publicznych

– Daniel Bul /-/