

WZP.26.1.63.2020

Kielce, dnia 21.01.2021r.

.....
Wykonawcy

Dotyczy: Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na: Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu (nadzoru inwestorskiego) dla inwestycji pod nazwą: „Budowa pętli autobusowej przy ul. Zagnańskiej w Kielcach wraz z rozbudową ul. Zagnańskiej od ul. Witosa do granicy miasta” Postępowanie nr WZP.26.1.63.2020

Gmina Kielce - Miejski Zarząd Dróg w Kielcach (zwany dalej „Zamawiającym”), działając na podstawie art. 38 ust. 2 i 4 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późniejszymi zmianami), zwanej dalej PZP, w nawiązaniu do art. 90 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2020 z późniejszymi zmianami), w związku z wpłynięciem pytań do ww. postępowania udziela wyjaśnień treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ):

Pytanie 1:

dot. Rozdział VI pkt. 1.3. a) oraz Kryteria pozacenowe - Zamawiający wymaga posiadania na potwierdzenie spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia 1 usługi polegającej na pełnieniu nadzoru nad realizacją budowy po stronie Zamawiającego oraz dodatkowe punktowane doświadczenie Personelu również zdobyte po stronie Zamawiającego.

Prosimy o modyfikację powyższych wymagań i usunięcie zapisu "po stronie Zamawiającego" gdyż żadna firma nie jest w stanie sprostać tym wymaganiom, gdyż Inżynier nadzoruje inwestycję dla Zamawiającego. Zapis "po stronie Zamawiającego" powoduje, iż w postępowaniu nie wpłyną oferty spełniającego powyższe warunki.

Odpowiedź:

Zamawiający nie uwzględni wniosku Wykonawcy.

Wyjaśniamy, że zapis dotyczący wykazania przez Wykonawcę **usługi** polegającej na pełnieniu nadzoru nad realizacją budowy lub przebudowy (po stronie Zamawiającego) obejmuje wykonanie ww. usługi dla Zamawiającego.

Natomiast zapis dotyczący wykazania **osób** posiadających doświadczenie w pełnieniu wymaganych funkcji po stronie Zamawiającego obejmuje każdą formę doświadczenia w pełnieniu ww. funkcji dla Zamawiającego, niezależnie od charakteru prawnego łączącego go z nim stosunku prawnego.

Pytanie 2:

Zamawiający zawarł zapis w Zakresie czynności Inżyniera w pkt.2, ppkt 2.3 „Inżynier Rezydent i wszyscy inspektorzy nadzoru powinni być wyposażeni w telefony komórkowe czynne całą dobę”. Wnosimy do Zamawiającego o zmianę powyższego zapisu. Inżynier Kontraktu i wszyscy inspektorzy powinni być wyposażeni w telefony komórkowe czynne w godzinach funkcjonowania biura nadzoru budowy tj. 8:00-16:00, a w wyjątkowych i nagłych sytuacjach dopuszczalny jest kontakt poza tymi godzinami.

Odpowiedź:

Zamawiający nie uwzględnia wniosku Wykonawcy.

Pytanie 3:

W Zakresie Czynności Inżyniera Kontraktu w pkt 2 ppkt Zamawiający określił Zespół Inżyniera Kontraktu w którym przedstawił „Inspektora robót innych (wg potrzeb)”. Wnosimy do Zamawiającego o dokładny skład personelu Inżyniera Kontraktu. Brak minimalnych ilości personelu wprowadza ryzyko złożenia nieporównywalnych ofert. W sytuacji, gdy Wykonawcy nie mają takich samych informacji w tym zakresie mogą w różny sposób dokonać kalkulacji oferty, przez co oferty będą nieporównywalne, gdyż około 80% wynagrodzenia umownego stanowi wynagrodzenie personelu.

Odpowiedź:

W Zakresie Czynności Inżyniera Kontraktu, w pkt 2, ppkt 2.3 lit. b, w składzie Zespołu Nadzoru Inżyniera Kontraktu, Zamawiający wykreśla zapis „Inspektor robót innych (według potrzeb)”. Zamawiający zamieścił w załączeniu do niniejszego pisma aktualny Zakres Czynności Inżyniera Kontraktu.

Pytanie 4:

SIWZ Rozdział XV pkt 3 określa, iż: „Specjalista ds. rozliczeń i obmiaru- Zamawiający przyzna punkty za wykazane doświadczenie po stronie Zamawiającego przy pełnieniu funkcji Inspektora/Specjalista ds. rozliczeń przy realizacji inwestycji drogowych o wartości robót minimum 5.000.000,00 zł brutto”. Wnosimy do Zamawiającego o potwierdzenie, że Zamawiający uzna za spełnienie powyższego wymagania w ramach wykazania się doświadczeniem na stanowiskach Inspektora/Specjalisty ds. rozliczeń i obmiaru w zespole Nadzoru Inwestorskiego działającego na zlecenie Zamawiającego.

Odpowiedź:

Zamawiający wyjaśnia, że przyzna punkty za wykazane w załączonym do oferty formularzu „Doświadczenie Członków Zespołu Nadzoru” – Załącznik nr 5, (pkt II. W ramach podkryterium B – „Specjalista ds. rozliczeń i obmiaru”) doświadczenie po stronie Zamawiającego przy pełnieniu funkcji Inspektor/Specjalista ds. rozliczeń przy realizacji inwestycji drogowych o wartości robót minimum 5 000 000,00 zł brutto, obejmujące każdą formę doświadczenia w pełnieniu ww. funkcji dla Zamawiającego, niezależnie od charakteru prawnego łączącego go z nim stosunku prawnego.

Pytanie 5:

W nawiązaniu do udostępnionej dokumentacji przetargowej m. in. SIWZ rozdział XVIII niniejszym wskazujemy, iż zabezpieczenie należytego wykonania umowy stanowi 5% ceny ofertowej brutto.

Wnosimy do Zamawiającego o wprowadzenie zapisu umożliwiającego wniesienie zabezpieczenie należytego wykonania umowy zgodnie z ustawą Pzp art. 150 ust.3, tj. utworzenia zabezpieczenia poprzez potrącenia z należności za częściowo wykonane usługi, z jednoczesnym uwzględnieniem wymagań określonych w ust. 4-6 wspomnianego powyżej artykułu Pzp.

W przypadku pozytywnego rozpatrzenia sprawy, zwracamy się z prośbą o wyrażenie zgody na wniesienie 30% kwoty zabezpieczenia w formie pieniężnej w dniu zawarcia umowy dla przyszłych Wykonawców. Pozostała część kwoty do pełnej wysokości zabezpieczenia będzie potrącana przez Zamawiającego z przysługujących należności nie później niż do połowy okresu na jaki zostanie zawarta przedmiotowa umowa.

W związku z powyższym prosimy także o określenie wysokości potrąceń z faktur częściowych – proponujemy 20%.

Odpowiedź:

Zamawiający nie uwzględnia wniosku Wykonawcy.

Pytanie 6:

Wzór umowy §3 pkt. 3 stanowi, iż: *"Czas trwania usługi w zakresie nadzoru nad robotami może ulec wydłużeniu stosownie do wydłużenia okresu realizacji robót. Inżynier Kontraktu zobowiązuje się świadczyć usługi do czasu faktycznego zakończenia robót oraz rozliczenia końcowego kontraktu. W przypadku wydłużenia czasu trwania usługi o okres do 5 miesięcy ponad termin określony w ust. 2, wynagrodzenie Inżyniera Kontraktu nie zostanie zmienione".*

oraz wzór umowy §12 pkt. 2 stanowi, iż: *"Wystąpienie zamówień dodatkowych, zamiennych lub zamówień o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt.6 PZP na roboty budowlane nie powoduje zwiększenia wynagrodzenia przewidzianego w ust. 1"*

Pragniemy zauważyć, iż nadzorowanie dodatkowych robót budowlanych lub/i w wydłużonym terminie udzielonych Wykonawcy Robót będzie skutkowało zwiększeniem zakresu przedmiotu zamówienia, tym samym zwiększeniem pracy Zespołu Nadzoru

Brak przyznania przez Zamawiającego dodatkowego wynagrodzenia za usługę zwiększenia zakresu nadzoru lub/i wydłużenia terminu realizacji nad robotami prowadziłby do inkrustracji po stronie Zamawiającego przy wykorzystaniu Wykonawcy sprawującego nadzór nad w/w zadaniem, a także do wykorzystania siły roboczej, potencjału osobowego oraz sprzętowego Wykonawcy. Jak wynika z art. 405 kodeksu cywilnego „kto bez podstawy pranej uzyskał korzyść majątkową kosztem innej osoby obowiązany jest (...) do zwrotu jej wartości”.

Wskazujemy, iż w przypadku wydłużenia czasu realizacji usługi z przyczyn niezależnych od Firmy (...) wynagrodzenie pozostanie bez zmian, niezgodna jest z zasadami sprawiedliwości kontraktowej i równowagi stron, a także przepisami prawa, w szczególności art.628 §1 zd.3 kc, wskazujące, że: „przyjmującemu zamówienie należy się wynagrodzenie odpowiadające uzasadnionemu nakładowi pracy oraz innym jego nakładom”.

Wnosimy zatem o zmianę zapisu w poniższy sposób:

Okres podstawowy może ulec wydłużeniu do czasu zakończenia i całkowitego rozliczenia inwestycji.

W przypadku wydłużenia do 1 miesiąca – Inżynier Kontraktu zawiera to ryzyko w cenie ryczałtowej wynagrodzenia.

W przypadku wydłużenia terminu o więcej niż 1 miesiąc, wynagrodzenie Inżyniera Kontraktu będzie wypłacane zgodnie ze wzorem:

$$WD = W2/TU * TD$$

W2 - wartość netto wskazana w umowie § 12 ust. 1

TD - okres wydłużenia realizacji zadania (w miesiącach)

TU - pierwotny okres realizacji zadania tj. 31.07.2022 (w miesiącach)

Ponadto wnosimy do Zamawiającego o dodanie zapisów dotyczących wynagrodzenia w przypadku wykonywania robót dodatkowych. Poniżej przedstawiamy propozycję:

W przypadku wystąpienia robót dodatkowych, wynagrodzenie Inżyniera Kontraktu będzie obliczane proporcjonalnie do wzrostu wynagrodzenia wykonawcy robót budowlanych, tj. według poniższego wzoru:

$$WD = A/B * C - C$$

WD -Wartość dopłaty do wynagrodzenia nadzoru inwestorskiego z tytułu świadczenia usług nad dodatkowym zakresem robót

A - Wartość robót budowlanych uwzględniająca wzrost wynagrodzenia wykonawcy robót budowlanych

B - Początkowa wartość wynagrodzenia za roboty budowlane

C – Początkowa wartość wynagrodzenia za usługę nadzoru inwestorskiego

Odpowiedź:

Zamawiający nie uwzględni wniosku Wykonawcy.

Art. 632 ustawy z dnia 23 kwietnia Kodeks Cywilny (Dz. U z 2020 r. poz. 1740 z późniejszymi zmianami) „Jeżeli strony umowy się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac.”

Pytanie 7:

Zamawiający w projekcie umowy w § 5 pkt. 1 ppkt.48 wskazuje, że Wykonawca jest zobowiązany do:

"Zapewnienia, w razie potrzeby, tłumaczenia wszelkich dokumentów obcojęzycznych związanych z Projektem”

Wnosimy o wykreślenie powyższego zapisu lub zdefiniowanie zamkniętego katalogu jakich dokumentów oraz jakiej ilości dokumentów mają dotyczyć tłumaczenia.

Koszt tłumaczeń jest różny w przypadku tłumaczenia języka potocznego czy też technicznego. Dodatkowo tłumaczenia z różnych języków również znacząco się różnią ceną między sobą.

Odpowiedź:

Zamawiający nie uwzględni wniosku Wykonawcy.

Pytanie 8:

Zamawiający zawarł zapisy w projekcie umowy w § 8 dot. autorskich praw majątkowych. Wnosimy do Zamawiającego o zmianę zapisów, iż autorskie prawa majątkowe będą przekazane po uregulowaniu płatności przez Zamawiającego.

Odpowiedź:

Zamawiający nie uwzględni wniosku Wykonawcy.

Pytanie 9:

Zamawiający w projekcie umowy w §19 pkt. 2 określił:

Zamawiający dokona zmiany postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, w następujących przypadkach:

2) zmiany zakresu i sposobu wykonania przedmiotu zamówienia:

- a. rezygnacja z części usług (wymienionych w pozycjach formularza cenowego) lub ich zmiana,

Wnosimy do Zamawiającego o wskazanie okoliczności uprawniających Zamawiającego do rezygnacji z części usług.

Odpowiedź:

Zamawiający zastrzega możliwość rezygnacji z części usług wymienionych w pozycjach 2 i 4 formularza cenowego w okolicznościach, gdy usługi te staną się zbędne w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia.

Pytanie 10:

Zamawiający w projekcie umowy w §19 pkt. 7 określił: *„Jeżeli umowa zostanie zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy Zamawiający może wprowadzić zmianę wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy, w przypadkach określonych w §20-Klauzule waloryzacyjne”*

Wnosimy do Zamawiającego o doprecyzowanie zapisów i określenie od czego może zależeć zmiana wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy.

Odpowiedź:

Klauzule waloryzacyjne zostały doprecyzowane w § 20 projektu umowy.

Pytanie 11:

W SIWZ rozdział XIV pkt 5, widnieją zapisy, iż : *„W cenie należy uwzględnić także koszty związane z promocją projektu. (...) prowadzoną dokumentację fotograficzną z postępu w realizacji robót (na płycie CD/DVD z oznaczeniami promującymi przedmiotowy Projekt przekazywana co miesiąc) z zakresem przed rozpoczęciem robót- dokumentującego ważniejsze etapy realizacji i po zakończeniu realizacji, przy czym zdjęcia po zakończeniu realizacji powinny być wykonane w tym samym miejscu co zdjęcia przed rozpoczęciem realizacji, celem ukazania zmian oraz animację audiowizualną ze zdjęć”.*

Wnosimy do Zamawiającego o potwierdzenie, że Zamawiający dopuszcza wykonanie dokumentacji fotograficznej z poziomu ziemi w powtarzalnych miejscach.

Odpowiedź:

Zamawiający dopuszcza wykonanie dokumentacji fotograficznej z poziomu terenu w powtarzalnych miejscach.

Pytanie 12:

Firma (.....) wnosi do Zamawiającego o ustanowienie limitu kar naliczonych do wysokości 10% wynagrodzenia określonego w § 12 ust. 1 wzoru umowy.

Zgodnie z poglądem wyrażanym w orzecznictwie bezterminowe lub Nielimitowane kwotowo zastrzeżenie kary umownej nie stanowi „określenia sumy pieniężnej” w rozumieniu art. 483 kc. Zastrzegając karę umowną należy więc określić jej górny limit kwotowy lub maksymalny termin do którego można ją naliczać.

Inaczej mówiąc, w przypadku gdy umowa zawarta w przetargu publicznym przewiduje karę umowną w wysokości np. 0,25 % wynagrodzenia wykonawcy za każdy dzień opóźnienia, takie postanowienie jest niezgodne z kodeksem cywilnym. Nie określa ono bowiem maksymalnego terminu naliczania kary umownej ani maksymalnej wysokości kary, którą może zostać obciążony wykonawca. Na gruncie ww. postanowienia kara umowna może być naliczana w nieskończoność. Kara umowna, którą obciążony

zostanie wykonawca może więc osiągnąć rozmiar nie tylko niewspółmierny do szkody poniesionej przez zamawiającego, ale nawet znacznie większy niż całkowite wynagrodzenie wykonawcy przewidziane w umowie. Zgodnie z poglądem wyrażanym w orzecznictwie klauzula przewidująca karę umowną w wysokości x % wynagrodzenia za każdy dzień opóźnienia w wykonaniu umowy **jest sprzeczna z art. 483 kc, a co za tym idzie jest nieważna**. Na podstawie tak brzmiącego postanowienia umowy wykonawca nie może zostać skutecznie obciążony obowiązkiem zapłaty kary umownej.

Na potwierdzenie powyższego stanowiska można powołać następujące orzeczenia sądowe:

- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 października 2015 roku, sygn. IV CSK 687/14:

Brak określenia w umowie końcowego terminu naliczania kar umownych ani ich kwoty maksymalnej, prowadzi do obciążenia zobowiązanego tym świadczeniem w nieokreślonym czasie, a więc w istocie tworzy zobowiązanie wieczne, niekończące się. Takie ukształtowanie zobowiązania zapłaty kary umownej, nie spełnia należącego do jego istoty wynikającego z art. 483 § 1 KC wymagania określenia sumy pieniężnej podlegającej zapłacie w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania niepieniężnego. Wymóg ten jest spełniony, gdy strony z góry określają wysokość kary umownej, albo gdy w treści umowy wskazują podstawy do definitywnego określenia jej wysokości.

- Wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 13 listopada 2017 r., sygn. I C 87/16:

Sąd rozpoznający niniejszą sprawę w pełni podziela i przyjmuje za własny pogląd wyrażony przez Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 22 października 2015 r. (IV CSK 687/14), zgodnie z którym nieokreślenie w umowie końcowego terminu naliczania kar umownych, ani ich kwoty maksymalnej prowadzi do obciążenia zobowiązanego tym świadczeniem w nieokreślonym czasie, a więc w istocie tworzy zobowiązanie wieczne, niekończące się. Takie ukształtowanie zobowiązania zapłaty kary umownej nie spełnia należącego do jego istoty wynikającego z art. 483 § 1 k.c. wymagania określenia sumy pieniężnej podlegającej zapłacie w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania niepieniężnego. Wymóg ten jest spełniony, gdy strony z góry określają wysokość kary umownej albo gdy w treści umowy wskazują podstawy do definitywnego określenia jej wysokości.

- Wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 22 listopada 2018 roku, sygn. XIII Ga 642/18:

Zapis nie wskazujący ani maksymalnej wysokości kary umownej, ani ostatecznego terminu, do którego jest naliczana, nie spełnia warunku wskazania określonej sumy, co czyni zapis § 8 ust. 1 pkt 1.1 umowy bezwzględnie nieważnym (art. 58 § 1 k.c.). Nieokreślenie w umowie końcowego terminu naliczania kar umownych ani ich kwoty maksymalnej prowadzi do obciążenia zobowiązanego tym świadczeniem w nieokreślonym czasie, a więc w istocie tworzy zobowiązanie wieczne, niekończące się. Takie ukształtowanie zobowiązania zapłaty kary umownej nie spełnia należącego do jego istoty wynikającego z art. 483 § 1 k.c. wymagania określenia sumy pieniężnej podlegającej zapłacie w związku z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania niepieniężnego.

Odpowiedź:

Zamawiający ustala limit kar umownych do wysokości 20 % całkowitej ceny ryczałtowej za pełnienie nadzoru inwestorskiego brutto, o której mowa w §12 ust.1 niniejszej umowy. Zamawiający zamieścił w załączeniu do niniejszego pisma aktualny wzór Umowy na pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu - Załącznik nr 6a.

Pytanie 13:

Wnosimy o dodanie w projekcie umowy zapisów o waloryzacji, zgodnie z poniższym. Stanowisko przyszłego Wykonawcy przedstawione podczas zadawania pytań jest wzmocnione dodatkowo stanowiskiem ustawodawcy, który uznając konieczność przywracania równowagi stron umowy, w nowej ustawie Prawo zamówień publicznych, która weszła w życie z dniem 1 stycznia 2021 roku nałożył na zamawiających wprost obowiązek wprowadzania klauzul waloryzacyjnych, uznając je tym samym za konieczne.

Art. 439. [Zasady wprowadzania w umowie na roboty budowlane lub usługi zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy] Umowa, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

W umowie określa się:

- 1) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia;
- 2) sposób ustalania zmiany wynagrodzenia:
 - a) z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub
 - b) przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia;
- 3) sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy;
- 4) maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.

Jeżeli umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert, w celu ustalenia zmiany wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, oblicza się różnicę między średnią ceną materiałów lub kosztów, obowiązującą w dniu otwarcia ofert, a ceną nabycia materiałów lub rzeczywiście poniesionych kosztów przez wykonawcę, zgodnie z ust. 2.

Przez zmianę ceny materiałów lub kosztów rozumie się wzrost odpowiednio cen lub kosztów, jak i ich obniżenie, względem ceny lub kosztu przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia wykonawcy zawartego w ofercie.

Wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione zgodnie z ust. 1, zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, z którym zawarł umowę, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczących zobowiązania podwykonawcy, jeżeli łącznie spełnione są następujące warunki:

- 1) przedmiotem umowy są roboty budowlane lub usługi;
- 2) okres obowiązywania umowy przekracza 12 miesięcy.

Wprowadzenie wprost w ustawie przepisu, zawierającego obowiązek uwzględnienia w treści umowy odpowiedniej klauzuli dotyczącej zmian wynagrodzenia wykonawcy oznacza, że dokonywanie takiej waloryzacji wynagrodzenia jest zgodne z wolą ustawodawcy oraz zasadami słuszności. Tym samym należy uznać, że zasadne jest również wprowadzenie takiej klauzuli do niniejszej Umowy. Oczywiście jest, że z uwagi na zachodzące w gospodarce oraz społeczeństwie zmiany treść przepisów

jest poddawana ciągłym zmianom, mającym na celu dostosowanie ich treści do aktualnych potrzeb społeczeństwa. Jedną z takich aktualnych potrzeb, związanych z nieprzewidywalnymi oraz nagłymi zmianami w cenach towarów i usług, a tym samym również cenach wynagrodzeń, jest wprowadzanie do umów klauzul waloryzacyjnych. Klauzule te mają na celu zapewnienie równowagi ekonomicznej stron umowy. Nie ma jakichkolwiek podstaw dla pozbawienia Wykonawcy możliwości ukształtowania Umowy zgodnie z aktualnymi potrzebami społecznymi i gospodarczymi wyłącznie dlatego, że Umowa zawarta została w oparciu o przepisy, które nie przewidywały wprost obowiązku wprowadzenia do zawieranej umowy proponowanych przez Wykonawcę regulacji.

Wedle doświadczenia Wykonawcy pełniącego usługi nadzoru inwestorskiego informujemy, iż zadania realizowane obecnie w dobie pandemii mogą znacznie się wydłużać poprzez zmniejszenie zaangażowania kadry nie tylko Wykonawcy Robót budowlanych, również Wykonawcy pełniącego usługi nadzoru inwestorskiego.

Mając na uwadze powyższe pragniemy zwrócić uwagę również na fakt, że problemem dla budownictwa są wzrosty kosztów kilkunasto- lub kilkudziesięcioprocentowe, których wartość może wynosić, aż 50% wynagrodzenia Wykonawcy określonego w umowie.

Niewprowadzenie powyższej zmiany będzie skutkowało bezpodstawnym wzbogaceniem się Zamawiającego oraz nieważnością umowy. Sąd Najwyższy (sygn. akt II CSK 248/12, II CSK 527/06, V CSK 537/04, II CSK 344/07) stwierdził, iż przepisy o zamówieniach publicznych nie uchybiają przepisom o bezpodstawnym wzbogaceniu. Brak jest zatem podstaw do kwestionowania możliwości stosowania przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu do umowy zawartej w trybie zamówienia publicznego, która z braku właściwej formy okazała się nieważna. Rozwiązanie to zakłada, że strona, która skorzystała z efektów prac wykonanych na podstawie nieważnej umowy jest bezpodstawnie wzbogacona.

Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego Izba Cywilna z dnia 22 października 2014 r. II CSK 773/13 w zamówieniach publicznych nie trzeba podawać limitu zwaloryzowanego zobowiązania. Strony mogą w zamówieniu zawrzeć klauzulę waloryzacyjną, pod warunkiem, że będzie w specyfikacjach istotnych warunków zamówienia.

Wnosimy o ustanowienie w umowie zapisów dotyczących waloryzacji wynagrodzenia, poniżej propozycja:

- I. Wynagrodzenie będzie podlegało waloryzacji za każdy okres rozliczeniowy,
- II. Waloryzacja zostanie uwzględniona od dnia podpisania umowy.
- III. Waloryzacja będzie się odbywać w oparciu o wskaźnik (Ww) wzrostu przeciętnego wynagrodzenia (w budownictwie lub gospodarce narodowej – ogółem) opublikowany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego w Biuletynie Statystycznym GUS, na stronie internetowej Urzędu, wyliczony na podstawie wzrostu przeciętnego wynagrodzenia za poprzedni miesiąc, ogłaszanego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego na podstawie art. 119a ust. 3 ustawy z dnia 21 listopada 1967 r. o powszechnym obowiązku obrony Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. z 2019 poz. 1541 z późn. zm.)
- IV. Wynagrodzenie podlegać będzie waloryzacji o Współczynnik waloryzacyjny (Pn) wyliczony według wzoru: $Pn = Ww/100$ gdzie:
Pn - współczynnik waloryzacyjny obliczany na podstawie wzoru powyżej do zastosowania do wszystkich kwot;
Ww - wyrażony w procentach wskaźnik wzrostu przeciętnego wynagrodzenia (w budownictwie lub w gospodarce narodowej – ogółem) opublikowany przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego w Biuletynie Statystycznym GUS, na stronie internetowej Urzędu, wyliczony na podstawie wzrostu przeciętnego wynagrodzenia za poprzedni miesiąc ogłaszanego przez Prezesa GUS na

podstawie art. 119a ust. 3 ustawy z dnia 21 listopada 1967 r. o powszechnym obowiązku obrony Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. z 2019 poz. 1541 z późn. zm.) wliczony w odniesieniu do dnia zawarcia Umowy.

V. W przypadku, gdyby wskaźniki, o których mowa powyżej, przestały być dostępne, zastosowanie znajdą inne, najbardziej zbliżone, wskaźniki publikowane przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego.

Odpowiedź:

Zgodnie z art. 90 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U z 2019 r. poz. 2020 z późn. zm.) do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, o których mowa w ustawie uchylanej tj. ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.) wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2021 stosuje się przepisy dotychczasowe, a zatem nie ma tutaj zastosowania art. 439 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz. U z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm.).

Niniejsze postępowanie jest prowadzone zgodnie z ustawą z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (zgodnie z Rozdziałem III, pkt 1 – Tom I SIWZ).

Pytanie 14:

Wnosimy o dokonanie przez Zamawiającego zmianę treści projektu umowy i wprowadzenie postanowień dotyczących:

1. ustalenia, że żadna ze Stron nie ponosi odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązań wynikających z umowy spowodowane działaniem Siły Wyższej, w tym w szczególności w postaci pandemii wirusa SARS-CoV-2 (COVID-19) o okres trwania Siły Wyższej,
2. możliwości wydłużenia terminu realizacji Umowy / terminów pośrednich określonych w Umowie z powodu zaistnienia Siły Wyższej, w tym w szczególności w postaci pandemii wirusa SARS-CoV-2 (COVID-19) o okres trwania Siły Wyższej,
3. zawieszenia biegu wszystkich terminów umownych z powodu zaistnienia Siły Wyższej, w tym w szczególności w postaci pandemii wirusa SARS-CoV-2 (COVID-19) o okres trwania Siły Wyższej,
4. możliwości zmiany wynagrodzenia określonego w Umowie w sytuacji wystąpienia dodatkowych kosztów, wzrostu cen towarów i usług, wydłużenia terminu realizacji, zaistnienia przeszkód w realizacji umowy wynikających z działania Siły wyższej, w tym wprowadzenia nowych obowiązków lub ograniczeń przepisami prawa, wydłużenia czasu realizacji zobowiązań umownych.

Dodatkowo wnosimy o ustalenie zapisu w umowie, że w przypadku braku możliwości wykonywania umów z przyczyn w/w Inżynier Kontraktu będzie miał prawo do odstąpienia od umowy bez naliczenia przez Zamawiającego kary umownej za to odstąpienie wraz z uregulowaniem bieżących zobowiązań przez Zamawiającego do momentu zakończenia pełnienia usługi nadzoru.

W umowie ponadto powinien znaleźć się zapis o wyeliminowaniu odpowiedzialności tj. kar za opóźnienie w przypadku, gdy działanie nie było zawinione z w/w powodów występujących ze strony Inżyniera Kontraktu.

Odpowiedź:

W § 19 pkt 6 – projektu umowy został już wprowadzony zapis z którego wynika, że umowa może ulec zmianie w przypadku zaistnienia okoliczności związanych z wystąpieniem COVID – 19, które wpływają lub mogą wpłynąć na należyte wykonanie umowy , na warunkach i w zakresie zgodnym z art. 15r ustawy z dnia 2 marca 2020 r.

o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz. U z 2019 r. poz. 1842). Ponadto w § 18 ust. 10 zawarto, że w okresie obowiązywania stanu epidemicznego albo stanu epidemii ogłoszonego w związku z COVID-19, i przez 90 dni od dnia odwołania stanu, który obowiązywał jako ostatni, zamawiający nie może potrącić kary umownej zastrzeżonej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, o której mowa w art. 15 r. ust. 1 ww. ustawy.

Pytanie 15:

Wnosimy o wprowadzenie do projektu umowy w paragrafie 18 punktu wskazującego na możliwości zapłacenia Wykonawcy przez Zamawiającego kary umownej w przypadku odstąpienia od umowy przez Zamawiającego wskutek okoliczności, za które odpowiada Zamawiający- w wysokości 20% wynagrodzenia brutto wskazanego w §12 ust. 1.

W wyroku z dnia 30 października 2017 r., sygn. akt KIO 2163/17 Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że okoliczność, że to Zamawiający formułuje postanowienia wzoru umowy nie oznacza, że ma prawo czynić to w sposób bezwzględnie obowiązujący i przy tym mogący nadużywać równowagę stron (Zamawiający – Wykonawca). To, że Zamawiający ustanawia wzór umowy nie oznacza, że może jednostronnie narzucać uciążliwą regulację obowiązków po stronie przeciwnej. Jednostronne ustanawianie warunków umowy nie stanowi realizacji swobody zawierania umów, a wręcz ją narusza, ustanawiając przywilej dyktowania warunków tylko po jednej stronie w tym przypadku Zamawiającego.

Odpowiedź:

Zamawiający nie uwzględni wniosku Wykonawcy.

Pytanie 16:

Zamawiający zawarł zapis w projekcie umowy §18 ust. 9 który stanowi, iż: „Wykonawca jest zobowiązany zapłacić karę umowną także w przypadku, gdy Zamawiający nie poniósł szkody z zastrzeżeniem ust. 10”.

Jest to postanowienie niezgodne z polskim systemem prawa cywilnego -stanowi ono bowiem wyłączenie uprawnienia wykonawcy do żądania miarkowania kary umownej. Oczywistym jest, że zgodnie z linią orzeczniczą Sądu Najwyższego do powstania roszczenia o zapłatę kary umownej nie jest konieczne powstanie szkody. Czym innym jednak jest roszczenie o zapłatę kary umownej, które może powstać nawet w przypadku braku szkody i Zamawiający nie musi żadnych postanowień w tym zakresie wpisywać do Umowy, a czym innym jest obowiązek zapłaty kary umownej. Otóż w przypadku powstania roszczenia o zapłatę kary umownej wykonawca może podnosić żądanie miarkowania kary umownej. Z kolei przy żądaniu miarkowania kary umownej jak najbardziej można odnosić się do braku szkody po stronie wierzyciela.

Wobec powyższego Wykonawca nie może oszacować ceny oferty -co narusza art. 29 ust. 1 Ustawy PZP, gdyż nie jest w stanie określić ryzyk związanych z realizacją umowy -zapłata kary umownej w sytuacji, gdy zgodnie z zasadami prawa cywilnego może domagać się miarkowania kary umownej.

W związku z powyższym wnosimy do Zamawiającego o wykreślenie tego zapisu z projektu umowy.

Zgodnie z zapisami PZP art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 powinien przygotować przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Odpowiedź:

Zamawiający nie uwzględnia wniosku Wykonawcy. W uchwale 7 sędziów SN z 6 listopada 2003, sygn. III CZP 61/03 wskazano, że: „.....zastrzeżenie kary umownej na wypadek niewykonania lub nienależytego zobowiązania nie zwalnia dłużnika z obowiązku jej zapłaty w razie wykazania, że wierzyciel nie poniósł szkody”.

W związku z wpływaniem zapytań dotyczących treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), Zamawiający działając na podstawie art. 38 ust. 4 PZP przedłuża termin składania ofert oraz zmienia treść Rozdziału XIII pkt 2 i pkt. 5, które otrzymują następujące brzmienie:

„ Rozdział XIII. Miejsce oraz termin składania i otwarcia ofert


2. Termin składania ofert upływa w dniu **17.02.2021 r. o godz. 09:30.**

....
5. Otwarcie ofert nastąpi w dniu **17.02.2021 r.**, o godz. **10:00** za pośrednictwem Platformy (https://platformazakupowa.pl/pn/mzd_kielce) w siedzibie Zamawiającego, ul. Prendowskiej 7, 25-395 Kielce.”

Wszelkie prawa i zobowiązania Zamawiającego i Wykonawcy odnośnie wcześniej ustalonego terminu będą podlegały nowemu terminowi.

Jednocześnie Zamawiający zawiadamia, że zmiana treści SIWZ prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu. W związku z powyższym Zamawiający zgodnie z art. 38 ust. 4a PZP przekazał Sprostowanie (Ogłoszenie zmian lub dodatkowych informacji) Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

DYREKTOR


mgr inż. Grzegorz Staszewski

W załączeniu:

- 1) aktualna umowa na pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu – Załącznik nr 6a
- 2) aktualny Zakres Czynności Inżyniera Kontraktu