

Kraków, dn. 16.06.2020 r.
Znak sprawy: KMDL/251/5/2020

Wykonawcy
strona internetowa – platforma zakupowa
<https://platformazakupowa.pl/pn/kolejemalopolskie/proceedings>

Dotyczy postępowania w celu udzielenia zamówienia pn.: „Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu poprzez świadczenie usług obejmujących administrowanie, koordynację, kontrolę, nadzór inwestorski i rozliczenie nad zaprojektowaniem i realizacją Projektu, którego przedmiotem jest „Budowa i wyposażenie zaplecza technicznego dla obsługi taboru kolejowego” w trybie zaprojektuj i wybuduj” prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów art. 39-46 w związku z art. 132 ust. 1 pkt 5 i art. 133 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U. z 2019, poz.1843 z późn. zm.). Znak sprawy - KMDL/251/5/2020.

WYJAŚNIENIA TREŚCI SPECYFIKACJI ISTOTNYCH WARUNKÓW ZAMÓWIENIA I PROJEKTU UMOWY

W związku z zapytaniami dotyczącymi zapisów Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia „Koleje Małopolskie Sp. z o.o.” w Krakowie udziela odpowiedzi:

Pytanie nr 1:

W IPU § 6 Przedmiot Umowy pkt 16. Zamawiający opisał czas pracy Personelu, a dokładnie Inżyniera Kontraktu:

„Inżynier Kontraktu zobowiązany jest do pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu w systemie 2-wu zmianowym w przypadku konieczności lub/i polecenia przez Zamawiającego wprowadzenia w/w trybu pracy.”

W związku powyższym przyszły Wykonawca wnosi o określenie przez jaki okres Zamawiający planuje pracę GWRB w systemie 2-wu zmianowym, gdyż Wykonawca będzie musiał zatrudnić dodatkową osobę na Stanowisko Inżyniera Kontakt.

Odpowiedź nr 1 WYJAŚNIENIE:

Zamawiający wyjaśnia, że dokonał modyfikacji zapisu § 6 ust. 16 w dniu 08.06.2020 r. w następujący sposób:

„Inżynier Kontraktu zobowiązany jest do pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu w nienormowanym czasie pracy uzależnionym od ustalonego z GWRB Harmonogramu Rzeczowo – Finansowego.”

Pytanie nr 2:

Przyszły Wykonawca wnosi o wyjaśnienie zapisów IPU § 8 Wynagrodzenie (wartość) i warunki płatności pkt 5.:

„Wykonawca **może obniżyć** wynagrodzenie w każdym czasie.”

Odpowiedź nr 2 WYJAŚNIENIE:

Wykonawca może obniżyć wynagrodzenie w każdym czasie. Zapisy IPU związane ze zmianą wynagrodzenia służą do realizacji woli stron wynikającej z treści umowy, a nie do takiej modyfikacji treści umowy, w sposób mogący przesądzić o zmianie wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zmiana wynagrodzenia nie będzie naruszała zasady niezmienności umowy.

Pytanie nr 3:

Zapisy IPU § 7 Termin realizacji przedmiotu zamówienia mówią, że:

2. Przewiduje się następujące terminy wykonania Umowy z GWRB:

- 2.1 Dla realizacji robót budowlanych – maksymalnie 18 miesięcy od dnia podpisania umowy z GWRB.
- 2.2 Dla rozliczenia Zadania inwestycyjnego (projektu) – do 3 miesięcy od dnia podpisania protokołu Odbioru Końcowego Przedmiotu Umowy z GWRB.
- 2.3 Okres gwarancji na usługi Inżyniera Kontraktu – 60 miesięcy od dnia zatwierdzenia Raportu zamknięcia.

Jednocześnie w pkt 5. Zamawiający umieścił zapis:

„Okres wykonywania Usług Wykonawcy może ulec przedłużeniu ponad wskazany w ust. 1 pkt 1.2 ze względu m.in. na przedłużające się roboty budowlane. Wykonawca przyjmuje do wiadomości, iż termin końcowy obowiązywania Umowy uzależniony jest od ukończenia robót budowlanych jednak nie dłużej niż 3 lata od wejścia w życie niniejszej Umowy.”

W związku z powyższym przyszły Wykonawca wnosi o doprecyzowanie terminu realizacji umowy Nadzoru, tak aby Oferent mógł bazować na konkretnych danych i odpowiednio skalkulować wartość oferty.

Odpowiedź nr 3 WYJAŚNIENIE:

Okres wykonywania Usług Wykonawcy uzależniony jest od ukończenia robót budowlanych, jednak nie dłużej niż 3 lata od wejścia w życie niniejszej Umowy. Zamawiający wskazuje, że Zadanie inwestycyjne jest realizowane w trybie „zaprojektuj i zbuduj”, a zatem Zamawiający określa termin wykonywania Usług 3 lat jako maksymalny w sytuacjach nieprzewidzianych np. konieczności zrealizowania robót dodatkowych przez GWRB.

Pytanie nr 4:

W związku z zapisami IPU § 7 Termin realizacji przedmiotu zamówienia pkt 6, tj.:

„Zamawiający zastrzega sobie możliwość zawieszenia realizacji Umowy na czas trwania przeszkody, który to czas nie jest wliczany do maksymalnego okresu, o którym mowa w ust. 5, w przypadku:

- 6.1. Przedłużającej się procedury postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na wybór GWRB dla Zadania inwestycyjnego;
- 6.2. Wypowiedzenia lub odstąpienia od Umowy z GWRB do czasu wyłonienia nowego Wykonawcy Robót Budowlanych;
- 6.3. Innej przyczyny niezależnej od Zamawiającego;
- 6.4. W przypadku braku możliwości wykonywania czynności Inżyniera Kontraktu z przyczyn leżących po stronie GWRB.”

Przyszły Wykonawca wnosi o podanie maksymalnego czasu jaki Zamawiający planuje na poczet przestoju, tak aby możliwe było uwzględnienie tego w końcowej kalkulacji oferty przetargowej dla przedmiotowego postępowania.

Odpowiedź nr 4 WYJAŚNIENIE:

W § 7 ust. 6 IPU Zamawiający wskazał skrajne przypadki, w których zastrzega możliwość zawieszenia realizacji Umowy. Terminem wykonania Umowy może być zarówno data jak i oznaczone zdarzenie. Dodatkowo wskazuje się, że w § 20 Umowy Zamawiający przewidział możliwość rozwiązania Umowy ze skutkiem natychmiastowym w sytuacji, w której okoliczności będące poza możliwym wpływem Wykonawcy lub Zamawiającego spowodują opóźnienie lub uniemożliwią realizację Umowy przez okres dłuższy niż 9 miesięcy. Jednocześnie Zamawiający informuje, że w § 19 IPU zostały przewidziane szeroko opisane okoliczności, w jakich Wykonawca może wnioskować o dokonanie zmiany Umowy, m.in. w przypadku zaistnienia szczególnych okoliczności powodujących, że spełnienie świadczenia Wykonawcy byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby mu rażąca strata.

Pytanie nr 5:

Przyszły Wykonawca wnosi o wykreślenie z Projektu Umowy zapisów w §15 pkt 4, tj.:

„Zamawiający może naliczyć Wykonawcy karę umowną w wysokości 1.0% wynagrodzenia umownego brutto za każdy udowodniony przypadek niezachowania należytej staranności przy wykonywaniu swych obowiązków lub nieprzestrzegania wymogów przewidzianych w obowiązujących procedurach, z tytułu niewykonywania/niewykonania lub nienależytego wykonania przedmiotu Umowy zgodnie z jej warunkami.”, ponieważ przyszły Wykonawca zabezpiecza już roszczenia z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy kwotą w wysokości 7% ceny całkowitej brutto podanej w ofercie. Powyższej cytowany zapis nakłada na Wykonawcę umowy podwójne obciążenie finansowe związane z zabezpieczeniem realizacji Umowy.

Odpowiedź nr 5 WYJAŚNIENIA:

Zamawiający podtrzymuje zapisy § 15 pkt 4 IPU.

Zamawiający wskazuje, że zabezpieczenie należytego wykonania umowy zostało zmniejszone do 5% ceny całkowitej brutto podanej w ofercie Wykonawcy. Zabezpieczenie należytego wykonania umowy służy jedynie zabezpieczeniu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, m.in. roszczeń pochodzących z kar zastrzeżonych w § 15 IPU.

Pytanie nr 6:

Z związku z zapisami IPU §15 pkt 1. o brzmieniu:

„Zamawiający może naliczyć Wykonawcy karę umowną w wysokości 10% ceny niezrealizowanej części Umowy netto obliczonej zgodnie z zasadami określonymi w § 8 w przypadku rozwiązania Umowy zgodnie z § 17, a także w przypadku nieuzasadnionego rozwiązania lub odstąpienia od Umowy przez Wykonawcę.” Przyszły Wykonawca wnosi o umieszczenie w Projekcie Umowy zapisów równoważących: „Wykonawca może naliczyć Zamawiającemu karę umowną w wysokości 10% ceny niezrealizowanej części Umowy netto obliczonej zgodnie z zasadami określonymi w § 8 w przypadku rozwiązania Umowy zgodnie z § 17, a także w przypadku nieuzasadnionego rozwiązania lub odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego.” Sposób formułowania warunków umowy przez Zamawiającego podlega ocenie w kontekście nadużycia prawa (art. 5 k.c.), ograniczeń swobody kontraktowania (3531k.c.), a wręcz nieważności czynności prawnej (art. 58 k.c.). Uprawniony jest zarzut w realiach przedmiotowej sprawy, że Zamawiający nie może czynić ze swego prawa do ustalenia wzorca umownego użytku, który jest sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współzycia społecznego (zwłaszcza w sytuacji, gdy zamawiający formułuje jednostronnie warunki umowy). Takie działanie, zgodnie z art. 5 k.c. nie powinno być uważane za wykonywanie prawa, a w konsekwencji nie powinno korzystać z ochrony prawnej. W myśl art. 3531k.c., umowne regulacje nie mogą sprzeciwiać się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współzycia społecznego. W ramach pojęcia zasad współzycia społecznego na szczególną uwagę zasługują zasady sprawiedliwości kontraktowej, uczciwości kupieckiej, równej pozycji stron umowy.

Odpowiedź nr 6 WYJAŚNIENIA:

Zamawiający podtrzymuje zapisy § 15 pkt 1 IPU, jednocześnie wskazuje się, że Wykonawca ma możliwość dochodzenia odszkodowania na zasadach ogólnych wynikających z KC.

Pytanie nr 7:

W oparciu o projekt umowy, przyszły Wykonawca zwraca uwagę, że Zamawiający nie określił limitu kar umownych.

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. danej kwoty 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 kwota 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.

Rażąco wygórowana kara umowna to zarówno sytuacja, gdy zachwiana zostanie relacja pomiędzy wysokością wynagrodzenia za wykonanie zobowiązania a wysokością kary umownej zastrzeżonej za opóźnienie w wykonaniu przedmiotu umowy, z uwzględnieniem okresu opóźnienia, jak i wtedy (co jest zasadniczym kryterium miarkowania kary umownej z uwagi na jej rażące wygórowanie), gdy zachwiany został stosunek wysokości zastrzeżonej kary umownej do wysokości doznawanej szkody (zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 września 2007 r., V CSK 139/07, LEX nr 341635, oraz uchwałę składu 7 sędziów Sądu Najwyższego z dnia 6 listopada 2003 r., III CZP 61/03, LEX nr 81615). Kara umowna jest bowiem surogatem odszkodowania, zastrzeżonym w określonej wysokości i nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela (zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 września 2010 r., V ACa 267/10).

Z uzasadnienia wyroku z dnia 31 lipca 2013 r., KIO 1706/13:

Odwolujący nie zgadza się na karę umowną za odstąpienie z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Uważa, że tak ustalone kary służą wzbogaceniu zamawiającego. Odwołujący przywołuje art. 5 k.c. wskazując na nadużycie prawa przez zamawiającego. Przywołuje również przepisy art. 471-474 i 361 § 2 k.c. Na ich podstawie oświadcza, że odwołujący nie może ponosić odpowiedzialności

odszkodowawczej w tym na zasadzie kar umownych za zdarzenia od niego niezależne, na które nie ma wpływu i których nie mógł uniknąć pomimo zachowania należytej staranności.

W związku z powyższym przyszły Wykonawca wnosi o ustalenie limitu kar umownych na poziomie 10% zatwierdzonej kwoty kontraktowej.

Odpowiedź nr 7 WYJAŚNIENIA:

Zamawiający podtrzymuje zapisy § 15 IPU.

Zamawiającemu przyznane zostało uprawnienie do kształtowania postanowień umownych. Zamawiający może, o ile nie wykracza poza unormowanie art. 353¹ k.c., dowolnie sformułować postanowienia w zakresie kar umownych, zależnie od sytuacji faktycznej i swoich potrzeb.

Co do wysokości kar, Zamawiający nie ma żadnych kwotowych czy wartościowych (procentowych) wytycznych, co obrazuje pogląd KIO z wyroku z dnia 10 maja 2016 r., sygn. akt: 654/16. Jednocześnie należy podkreślić, że żadna z zastrzeżonych w § 15 IPU kar umownych nie jest karą rażąco wygórowaną. Jeżeli w toku wykonywania Umowy okaże się, że kary umowne zostaną nałożone w wysokości rażąco wygórowanej to Wykonawca obciążony karami będzie mógł w sądzie wnosić o ich miarkowanie na podstawie art. 484 § 2 k.c.

Pytanie nr 8:

Zwracam się z prośbą do Zamawiającego o doprecyzowanie odpowiedzi z dnia 08.06.2020r. Zamawiający oczekuje przedstawienia: Inspektora nadzoru w specjalności konstrukcyjno – budowlanej (odbiera np. obiekty kubaturowe, nastawnie, dworce) czy Inspektora nadzoru w specjalności inżynierskiej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych (budowa lub remont torów, szlaki, rozjazdy)? Z treści wymagań ani treści odpowiedzi nie wynika jasno o jakiego inspektora należy przedstawić w wykazie.

Odpowiedź nr 8 WYJAŚNIENIE:

Do pełnienia funkcji Inżyniera Koordynatora Branż Zamawiający oczekuje skierowania osoby posiadającej uprawnienia budowlane do kierowania robotami budowlanymi bez ograniczeń w specjalności konstrukcyjno-budowlanej lub odpowiadające im uprawnienia budowlane wydane na podstawie wcześniej obowiązujących przepisów oraz posiadająca doświadczenie na stanowisku inspektora nadzoru inwestorskiego, polegającym na koordynacji w projekcie (projektowanie oraz wykonawstwo) branż z zakresu budownictwa kolejowego oraz branży konstrukcyjno-budowlanej, w tym pełnienie funkcji inspektora nadzoru inwestorskiego branży konstrukcyjno - budowlanej w projekcie z zakresu budownictwa kolejowego, o wartości projektu nie mniejszej niż 10 mln zł brutto (słownie: dziesięć milionów złotych brutto).

Pytanie nr 9:

Zgodnie z treścią ZMIENIONEGO Załącznik nr 11 do SIWZ – Wykaz osób, które zostaną skierowane do realizacji zamówienia potwierdzający spełnianie wymagań określone w pkt IV 1.3.3.-1.3.17. SIWZ

* Do wykazu należy dołączyć dokumenty potwierdzające posiadanie wymaganych uprawnień.

** Do wykazu należy dołączyć dowody określające, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot na rzecz, którego usługi były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze personel Wykonawcy nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie personelu Wykonawcy” Wymóg dołączenia w/w dowodów odnosi się zatem do osób:

- 1) Kierownika Zespołu,
- 2) Inspektora Koordynatora Branż,
- 3) Kierownika przeglądu dokumentacji,
- 4) Inspektora nadzoru robót w specjalności inżynierskiej kolejowej w zakresie kolejowych obiektów budowlanych,
- 5) Inspektora nadzoru robót w specjalności inżynierskiej kolejowej w zakresie sterowania ruchem kolejowym,
- 6) Specjalista ds. rozliczeń Projektów (środków) unijnych.

Zwracamy uwagę, że wymagane w stosunku do doświadczenia osób dowody określające, czy świadczone przez nich usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, wykraczają poza krąg dokumentów jakich może żądać Zamawiający od Wykonawcy zgodnie z treścią Rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W stosunku do personelu Wykonawcy wymóg dokumentowania doświadczenia w formie poświadczeń należytego wykonania nie jest praktykowany w postępowaniach prowadzonych w oparciu o ustawę Prawo zamówień publicznych, dlatego też Wykonawca nie posiada poświadczeń potwierdzających doświadczenie personelu, tylko poświadczenia należytego wykonania usług świadczonych przez samego Wykonawcę. Wymóg przedstawiania w/w dowodów ogranicza Wykonawcy dostęp do zamówienia i jest niezgodny z obowiązującymi przepisami prawa. Prosimy o usunięcie żądania poświadczeń dla wykazania doświadczenia osób, które zostaną skierowane do realizacji zamówienia.

Odpowiedź nr 9 WYJAŚNIENIE:

Zamawiający podtrzymuje wymóg dołączenia dowodów określających, czy usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, zgodnie z załącznikiem nr 11 do SIWZ (ZMIENIONY). Wskazuje się, że dowodami są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot na rzecz, którego usługi były wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze personel Wykonawcy nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie personelu Wykonawcy.

Zgodnie z art. 25 ust. 1 PZP, w postępowaniu o udzielenie zamówienia Zamawiający może żądać od Wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Stwierdzając, że dokument niezbędny to taki, który potwierdza spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie opisanym przez Zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ (KIO/KD 56/16). Zamawiający w granicach uzasadnionych własnym interesem może wprowadzać takie postanowienia SIWZ, które pozwalają mu na właściwą weryfikację doświadczenia Podstawowego Personelu Wykonawcy, w tym przypadku kluczowego dla realizacji Umowy.

Pytanie nr 10:

Czy w świetle zapisów §17 projektu umowy Zamawiający zaakceptuje polisy roczne ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej wykonawcy z tytułu prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, czy też polisa powinna być dedykowana wyłącznie pod kontrakt „Pełnienie funkcji Inżyniera Kontraktu poprzez świadczenie usług obejmujących administrowanie, koordynację, kontrolę, nadzór inwestorski i rozliczenie nad zaprojektowaniem i realizacją Projektu, którego przedmiotem jest „Budowa i wyposażenie zaplecza technicznego dla obsługi taboru kolejowego” w trybie zaprojektuj i wybuduj?

Odpowiedź nr 10 WYJAŚNIENIE:

Zamawiający wyjaśnia, że zaakceptuje polisę roczne ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej Wykonawcy z tytułu prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, z zastrzeżeniem wymogów określonych w § 17 IPU.

Pytanie nr 11:

W związku z brakiem w IPU zapisów odnośnie waloryzacji wynagrodzenia, przyszły Wykonawca wnosi o ich umieszczenie w umowie.

Poniżej propozycja takich zapisów:

- I. Wynagrodzenie będzie podlegało waloryzacji raz w miesiącu.
- II. Waloryzacja zostanie uwzględniona w wynagrodzeniu począwszy od miesiąca, w którym została wystawiona pierwsza faktura VAT.
- 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.) wyliczony w odniesieniu do dnia zawarcia Umowy.

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

Stanowisko przyszłego Wykonawcy jest wzmocnione dodatkowo stanowiskiem ustawodawcy, który uznając konieczność przywrócenia równowagi stron umowy, w nowej ustawie Prawo zamówień publicznych, która wchodzi 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. 1-3, 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 tylko i wyłącznie dlatego, że Umowa zawarta została w oparciu o przepisy, które nie przewidywały wprost obowiązku wprowadzenia do zawieranej umowy proponowanych przez Wykonawcę regulacji.

Jednocześnie, pomimo że wskazywana powyżej regulacja wejdzie w życie dopiero z dniem 1 stycznia 2021 r., to podmioty przeprowadzające aktualnie przetargi w trybie ustawy prawo zamówień publicznych wprowadzają do umów zapisy dotyczące wskazywanej powyżej waloryzacji wynagrodzenia wykonawcy.

Pozytywne rozpatrzenie niniejszego pytania ma za zadanie pozwolić na uniknięcie skierowania sprawy na drogę procesu sądowego, które to rozwiązanie jest korzystne dla obu Stron nie tylko ze względów finansowych, a to poprzez uniknięcie konieczności poniesienia dodatkowych kosztów, ale w szczególności z uwagi na szybsze rozwiązanie ewentualnych sporów pomiędzy Stronami oraz korzystne dla wymiaru sprawiedliwości ograniczenie liczby spraw sądowych. Aktualnie wzrasta znaczenie mediacji oraz innych pozasądowych sposobów rozstrzygnięcia sporów pomiędzy stronami, w szczególności z uwagi na powszechne propagowanie takich form rozwiązywania sporów. Ponadto odnosząc się do wskazywanych w niniejszym wniosku podstaw dla zastosowania klauzuli rebus sic stantibus wskazać przywołać należy stanowisko wyrażone w archiwalnej opinii Urzędu Zamówień Publicznych dostępnej pod adresem <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne/dopuszczalnosc-zmian-umowy-o-zamowienie-publiczne>:

Strony zawartej umowy mogą również zmienić jej treść w wyniku waloryzacji sądowej. Taka zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego może być podyktowana np. nadzwyczajną zmianą stosunków (rebus sic stantibus), uregulowaną w art. 3571 Kodeksu cywilnego. Zgodnie z tym przepisem, jeżeli z powodu nadzwyczajnej zmiany stosunków spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby jedne z ze stron rażąca strata, czego strony nie przewidywały przy zawarciu umowy, sąd może po rozważeniu interesów stron, zgodnie z zasadami współzycia społecznego, oznaczyć sposób wykonania zobowiązania, wysokość świadczenia lub nawet orzec o rozwiązaniu umowy. Do modyfikacji stosunku umownego w omawianych okolicznościach właściwy jest sąd powszechny. Strony umowy w sprawie zamówienia publicznego mogą jednak zapobiec postępowaniu sądowemu dochodząc wcześniej do kompromisu w tej materii." Opinia ta w cytowanym zakresie zachowała swoją aktualność, a wyrażonej w niej stanowisko dodatkowo przemawia za pozytywnym rozpatrzeniem niniejszego wniosku.

Wprowadzenie zapisów dotyczących waloryzacji jest niezbędne w związku z dynamiczną sytuacją na rynku infrastrukturalnym, dotyczącą min. ciągłych wzrostów wynagrodzeń.

Odpowiedź nr 11 WYJAŚNIENIE:

Zamawiający podtrzymuje zapisy IPU, jednocześnie wskazuje się, że § 19 ust. 35 przewiduje możliwość wprowadzenia odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia.

§ 19 ust. 35 Przewiduje się możliwość wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy, w przypadku zmiany:

- 1) stawki podatku od towarów i usług,
 - 2) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie przepisów ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,
 - 3) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne,
 - 4) zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych,
- jeżeli wyżej wymienione zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez Wykonawcę.

Pytanie nr 12:

Zamawiający w dokumentacji przetargowej nigdzie nie zawarł informacji jak zmieni się wynagrodzenie przyszłego Wykonawcy z tytułu przedłużającego się kontraktu bądź wystąpienia robót dodatkowych. Brak przyznania przez Zamawiającego dodatkowego wynagrodzenia za usługę przedłużonego nadzoru/zwiększenia zakresu nadzoru nad robotami prowadziłyby 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 prawnej uzyskał korzyść majątkową kosztem innej osoby obowiązany jest (...) do zwrotu jej wartości”.

Wskazujemy, iż w przypadku przedłużenia okresu trwania robót budowlanych z przyczyn niezależnych od (...) 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”. W tym zakresie powołać się można na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 października 2014 r. sygn. I CSK 568/13, który wskazał, że w sytuacji, kiedy może dojść do „wykonania dzieła lub robót budowlanych wykraczających poza zakres zobowiązania przyjmującego zamówienie lub wykonawcy (...) dopuszczalne jest wówczas żądanie przez przyjmującego zamówienie równowartości dodatkowych prac na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu, również w przypadku uzgodnienia wynagrodzenia ryczałtowego”.

Zapisy umowne pozostawiające na niezmienionym poziomie wynagrodzenia należne za usługę nadzoru, w sytuacji zwłaszcza niezawinionego przez Nadzór wydłużenia czasu sprawowania usługi nadzoru inwestorskiego bądź rozszerzenia zakresu nadzoru, naruszają zasady słuszności, a także wykorzystują mocniejszą pozycję Zamawiającego. Pomimo tego, iż zgodnie z Prawem Zamówień Publicznych Zamawiający ma prawo do jednostronnego ustalenia warunków umowy, które zabezpieczają ich interesy w wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z ich uzasadnionymi potrzebami, niemniej jednak przerzucenie na Nadzór Inwestorski takiego ryzyka, nad którym nie ma żadnej kontroli stanowi naruszenie zasady słuszności i sprawiedliwości kontraktowej.

W nawiązaniu do powyższego (...). prosi o określenie warunków wynagrodzenia podczas przedłużenia inwestycji oraz/lub w przypadku zwiększenia zakresu nadzorowanych robót.

Odpowiedź nr 12 WYJAŚNIENIE:

W przypadku, gdy wystąpi konieczność zmiany zakresu wykonania robót dodatkowych, udzielenia zamówień dodatkowych, które wstrzymują lub opóźniają realizację przedmiotu Umowy, o ile wykonywanie tych zamówień wpływa na termin wykonania zamówienia podstawowego - Strony będą korzystały z procedury przewidzianej w par. 19 ust. 36.

Jednocześnie Zamawiający wyjaśnia, że § 8 ust. 9 IPU wskazuje, że Wynagrodzenie umowne wynikające z załącznika nr 1 do Umowy – Formularz Ofertowy (załącznik nr 3 do SIWZ - Formularz Ofertowy) będzie obejmowało pełnienie (bez prawa do dodatkowego wynagrodzenia) funkcji Inżyniera Kontraktu nad robotami uzupełniającymi i zamiennymi realizowanymi przez GWRB w przypadku ich wystąpienia.

Treść niniejszego pisma stanowi integralną część Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i Projektu Umowy, znak sprawy: KMDL/251/5/2020.

Z poważaniem,

WICEPREZES ZARZĄDU


Tomasz Wierchoł

PREZES ZARZĄDU


Bogdan Kondratowicz