ZARZĄD POWIATU
STALOWOWOLSKIEGO

IMP.272.2.4.2021

Stalowa Wola 01.04.2021 r.

WYJAŚNIENIE NR 1

WSZYSCY OFERENCI

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym z fakultatywnymi negocjacjami znak: IMP.272.2.4.2021 pn. **„Pełnienie nadzoru inwestorskiego nad przebudową dróg powiatowych nr 1015R, 2601R oraz drogi nr 1004R wraz z przebudową mostu w powiecie stalowowolskim"**

Zamawiający – Powiat Stalowowolski informuje, że do postępowania o udzielenie zamówienia j.w. wpłynęły pytania. Zamawiający działając na podstawie art. 284 ust. 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 z późn.zm.) udziela odpowiedzi na zadane pytanie.

1. Zgodnie z zapisami Umowy §8 pkt 2 „Łączna wysokość kar umownych, które Zamawiający może naliczyć wobec Wykonawcy nie może przekroczyć 20 % łącznego wynagrodzenia brutto wskazanego w § 7 ust. 2 niniejszej umowy".

Firma Inżynierska ARCUS SP. z o.o. Sp. k. wnosi do Zamawiającego o zmniejszenie limitu kar naliczonych z 20% do wysokości 10% wynagrodzenia określonego w § 7 ust. 2 wzoru umowy.
W przypadku pozostawienia zapisów o dotychczasowym brzmieniu przyszły Wykonawca skalkulować będzie musiał bardzo wysoką rezerwę na wypadek naliczenia kar umownych.
W przypadku naliczenia kar umownych w wysokości 20% wartości wynagrodzenia umownego, którymi obciążony zostanie Wykonawca, kara może więc osiągnąć rozmiar nie tylko niewspółmierny do szkody poniesionej przez Zamawiającego, ale nawet znacznie większy niż całkowity zysk wykonawcy.
Dodatkowo, naliczenie powyższych kar prowadzić może do bezpodstawnego wzbogacenia się przez Zamawiającego.

2. Zamawiający we wzorze umowy §7 pkt 3 zawarł zapis, iż:

„Ustalone wynagrodzenie stanowić będzie wynagrodzenie ostateczne i niezmienne z zastrzeżeniem §10 umowy (...)"
oraz
„Rozliczanie przedmiotu umowy pomiędzy stronami nastąpi fakturami częściowymi proporcjonalnie do zaangażowania robót budowlanych będących przedmiotem nadzoru i/lub opracowania dokumentacji projektowej"

Pragniemy zauważyć, iż nadzorowanie robót budowlanych 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 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 prawnej 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 Inżynierskiej ARCUS Sp. z o.o. Sp. k. 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 – Wykonawca zawiera to ryzyko w cenie ryczałtowej wynagrodzenia.
W przypadku wydłużenia terminu o więcej niż 1 miesiąc, wynagrodzenie Wykonawcy będzie wypłacane zgodnie ze wzorem:
WD = W2/TU * TD
W2 - wartość netto wskazana w umowie § 7 ust.2.3 dla części I, ust.2.4 dla części II, ust.2.5 dla części III
TD - okres wydłużenia realizacji zadania (w miesiącach)
TU - pierwotny okres realizacji zadania tj. 16.08.2021 (I część), 08.10.2021r. (II część), 15.10.2022r. (III część) (w miesiącach).

3. Wzór umowy §10 ust.1, stanowi iż:

„Zamawiający, poza możliwością zmiany zawartej umowy na podstawie art. 454 i 455 ustawy Pzp, przewiduje możliwość dokonywania zmian postanowień zawartej umowy, w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru Wykonawcy, w następujących okolicznościach:
(...)
2. w przypadku zmian wprowadzonych w umowie na wykonawstwo robót budowlanych, których następstwem będzie konieczność dokonania zmian w niniejszej umowie"
Wnosimy do Zamawiającego o potwierdzenie, iż w przypadku wykonywania robót dodatkowych przez Wykonawcę robót, wynagrodzenie Nadzoru będzie obliczane proporcjonalnie do wzrostu wynagrodzenia wykonawcy robót budowlanych, tj. według poniższego wzoru:
WD = A/B * C – C
WD -Wartość dopłaty do wynagrodzenia nadzoru 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

4. We wzorze umowy Zamawiający nie zawarł zapisu o wprowadzeniu waloryzacji, tym samym wnosimy o dodanie przedmiotowego zapisu.
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 (część III).
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. Oczywistym 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 raz w miesiącu.

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.) wyliczony 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.

5. Wzór umowy §10 określa możliwości zmiany umowy.

Wnosimy do Zamawiającego o wprowadzenie zapisów dotyczących poniesionych kosztów, których wysokość ze względu na bezprecedensowy charakter i skalę obecnie panującej pandemii nie jest możliwa do przewidzenia ani zapobieżenia, a jednocześnie jest niezależna od Wykonawcy (Siła Wyższa),

Przedłużenia terminu realizacji inwestycji z wystąpieniem dodatkowych kosztów z powodu wystąpienia Siły Wyższej, w szczególności ze względu na ograniczoną dostępność urzędów Państwowych, ograniczoną ilość pracowników pełniących swoją funkcję, opóźnienia w wydawaniu opinii/decyzji w stosunku do obowiązujących terminów w postępowaniach administracyjnych, upadłość mikro i małych przedsiębiorstw, jednoosobowych działalności gospodarczych

Wnosimy o dokonanie przez Zamawiającego zmiany SWZ poprzez 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,
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 FI ARCUS będzie miała 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 Nadzoru.

6. We wzorze umowy §4 ust. 2 pkt 11 stanowi, iż: „ Do obowiązków Wykonawcy należy m.in. udział w przeglądach i odbiorach w czasie gwarancji".

Ponadto wnosimy do Zamawiającego o określenie długości gwarancji dla wszystkich części zadania. Wnosimy również o określenie zakresu obowiązków nadzoru inwestorskiego podczas okresu gwarancji oraz częstotliwości przeglądów podczas trwania gwarancji.

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

Odpowiedzi na pytania.

Odpowiedź na pytanie 1.

Zamawiający pozostawia zapis § 8 ust.2 wzoru umowy bez zmian.

Odpowiedź na pytanie 2.

Zamawiający pozostawia zapis § 7 ust.3 wzoru umowy bez zmian.

Odpowiedź na pytanie 3.

Zmiana wynagrodzenia Wykonawcy robót budowlanych np. wzrost wynagrodzenia spowodowany koniecznością wykonania robót dodatkowych lub zmniejszenie wynagrodzenia w związku z robotami zaniechanymi nie będzie powodowało zmiany wynagrodzenia za usługę Nadzoru.

Odpowiedź na pytanie 4.

Zamawiający wprowadza w § 7 wzoru umowy dodatkowy ustęp 3a (dotyczący części III), który otrzymuje brzmienie:

„3a. (dotyczy Części III) 3.Wynagrodzenie Wykonawcy, na zasadach określonych w niniejszej umowie oraz w treści art. 439 ustawy Prawo zamówień publicznych, podlegać będzie waloryzacji prowadzącej do dokonywania zmian wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy, w

przypadku zmiany ceny dających się wyodrębnić i ustalić materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia. Waloryzacja ta będzie dokonywana raz w kwartale z zachowaniem następujących zasad i w następujący sposób:

a) początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia jest dzień 01 stycznia 2022 roku (waloryzacja następuje po raz pierwszy),
b) waloryzacja dokonywana będzie w okresach kwartalnych, w których może następować zmiana wynagrodzenia Wykonawcy,
c) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia nie może być mniejszy niż 3 % dotychczasowego poziomu wynagrodzenia (określonego w formularzu ofertowym),
d) stosowany przez strony umowy sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia określa się jako waloryzację wynagrodzenia,
e) waloryzacja dokonywana będzie w oparciu o ogłaszany w komunikacie przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego wskaźnik cen towarów i usług konsumpcyjnych w ujęciu kwartalnym.
f) waloryzacji, w okresach nie częstszych niż okresy kwartalne określone powyżej w punkcie oznaczonym literą b, podlega pozostała do wypłaty część wynagrodzenia należnego Wykonawcy tj. część wynagrodzenia należna za usługi wykonane w kolejnym okresie, w którym waloryzacja następuje.
g) waloryzacji podlegać będzie wynagrodzenie ryczałtowe usługi określone w ust 2 (dotyczy Części III).
h) maksymalna wysokość zmiany wynagrodzenia ryczałtowego określonego w ust. 2 jaką dopuszcza Zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian w wysokości wynagrodzenia wynikających z dokonywania waloryzacji nie może przekroczyć wartości 105 % wynagrodzenia ryczałtowego określonego w § 7 ust. 2 umowy z chwili jej zawarcia(dotyczy Części III)

3a1. Po opublikowaniu ogłaszanego w komunikacie przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego wskaźnika, o którym mowa powyżej w ust. 3a lit. e, uprawniającego strony umowy do żądania dokonania zmian wysokości wynagrodzenia należnego Wykonawcy, Wykonawca sporządzi odpowiedni projekt aneksu do umowy uwzględniający waloryzację cen dokonaną zgodnie z ust. 3a i przedłoży ten projekt aneksu Zamawiającemu wraz z dokumentami potwierdzającymi potrzebę jego zawarcia. Aneks ten powinien być zawarty przez strony umowy w terminie 30 dni od daty przedłożenia Zamawiającemu jego projektu (wraz z wymaganymi dokumentami).

3a2.Wykonawca, którego wynagrodzenie zostało zmienione zgodnie z ust. 3a i 3a1, w terminie 30 dni od daty zawarcia z Zamawiającym aneksu, o którym mowa w ust.3a1 zobowiązany jest do zmiany wynagrodzenia przysługującego podwykonawcy, z którym zawarł on umowę, w zakresie odpowiadającym zmianom cen materiałów lub kosztów dotyczących zobowiązania podwykonawcy, jeżeli spełnione są warunki określone w art. 439 ust. 5 ustawy Pzp.

Odpowiedź na pytanie 5.

Zamawiający nie wyraża zgody na proponowane zapisy i jednocześnie informuje, że obowiązuje ustawa z dnia 2 marca 2020r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych - art. 15r i art. 15r1 dotyczy umów o zamówienia publiczne.

W § 8 ust.1 lit. c) wskazano odpowiedzialność za opóźnienie w dotrzymaniu terminu realizacji robót budowlanych będących przedmiotem nadzoru inwestorskiego z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy tj. nadzoru inwestorskiego.

Odpowiedź na pytanie 6.

Długość okresu gwarancji dla robót budowlanych będących przedmiotem nadzoru dla każdej z części wynosi 96 miesięcy.

W okresie gwarancji przewiduje się jeden przegląd w ciągu roku. .

STAROSTA

Janusz Zarzeczny