

Kraków, 02.08.2021 r.
ZDW/PW/2021/5773/DN-4/BJ
zn. sprawy: ZDW-DN-4-271-44/21

Wg rozdzielnika

dotyczy: postępowania w sprawie zamówienia pn. Nadzór inwestorski dla inwestycji pn. Budowa połączenia węzła autostrady A4 w Wierzchosławicach ze Strefą Aktywności Gospodarczej w Tarnowie (nr ZDW-DN-4-271-44/21)

Zamawiający – Zarząd Dróg Wojewódzkich w Krakowie prowadzący postępowanie jw., niniejszym na podstawie art. 284 ust. 1, 2 i 6 ustawy z dnia 11.09.2019 r. – *Prawo zamówień publicznych* (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019, ze zm., zwanej dalej ustawą PZP) udziela poniżej odpowiedzi na złożone przez Wykonawców wnioski o wyjaśnienie treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ) w przedmiotowym postępowaniu, które wpłynęły do Zamawiającego (numeracja pytań oraz kolejność udzielania odpowiedzi jest ustalona przez Zamawiającego):

Pytanie nr 1

(...) wnosi do Zamawiającego o usunięcie zniesienia limitu waloryzacji w wysokości 2% Zamawiający nie może przerzucać odpowiedzialności na przyszłego Wykonawcę poprzez limitowanie wysokości waloryzacji. Pozostawienie zapisów bez zmian powodować będzie w przypadku zawarcia przez przyszłego Wykonawcę przedmiotowej długoterminowej umowy, wystąpienie ogromnego ryzyka dla przyszłych Wykonawców, a problemy związane z ich realizacją będą jednostronne - ze szkodą dla przyszłego Wykonawcy. Zawieranie umów na warunkach, które przestają być rynkowe, to przedmiot ogólnokrajowej dyskusji. Umowy winny być zawierane zgodnie z zasadą równości stron. Obserwując obecnie wzrost średnich wynagrodzeń w sektorze budownictwa żadna ze stron umowy nie jest w stanie przewidzieć wysokości wzrostu wynagrodzenia. Dodatkowym aspektem jest również obserwowany na przestrzeni ostatnich lat wzrost wynagrodzenia minimalnego, który wyniesie ok. 7% na przestrzeni lat 2021 i 2022.

Odpowiedź

Zamawiający informuje, iż nie wyraża zgody na wprowadzenie zmian w ramach zapisów § 3 ust. 4 wzoru umowy (zał. nr 7 SWZ) w zakresie i sposób wskazany w pytaniu – z uwagi na brak w ocenie Zamawiającego potrzeby i uzasadnienia dokonywania takowych wobec faktu, iż zgodnie z przepisem art. 439 ust. 2 pkt 4 ustawy PZP Zamawiającemu przysługuje uprawnienie (a wręcz ciężar na nim obowiązek) określenia limitu waloryzacji, przy uwzględnieniu możliwości finansowych Zamawiającego.

Zamawiający wskazuje, iż wynagrodzenie za realizację przedmiotu niniejszej umowy będzie miało charakter ryczałtowy, co determinuje m.in. określone prawnie implikacje takiej formuły wynagrodzenia oraz uzasadnia oczekiwanie, ażeby pewne ryzyka wynikające również z czasookresu realizacji zamówienia (w szczególności te możliwe do przewidzenia – jak np. określone zjawiska inflacyjne, czy stałe okresowe zwiększanie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę, co sami Państwo wskazują w pytaniu, a co z kolei świadczy o tym, iż jest to niejako okoliczność wiadoma i przewidywalna) zostały przez Wykonawcę wkalkulowane (uwzględnione) w cenę ofertową. Taki kontekst i intencja wynika również w sposób wyraźny

z zapisów § 3 ust. 4 wzoru umowy, które przewidują możliwość waloryzacji wynagrodzenia umownego w przypadku zaistnienia okoliczności nieprzewidzianych (tzn. nieujętych w ryzykach ryczałtowych, które zgodnie z charakterem wynagrodzenia winny być w nie wliczone). Równocześnie Zamawiający nadmienia, iż zgodnie z zapisami wzoru umowy wskazany w pytaniu limit waloryzacji na poziomie 2 % dotyczy akurat waloryzacji kosztowej (a nie waloryzacji z tytułu zmian prawnych), która w ogóle dokonywana może być wówczas, jeżeli w skali roku poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów powodować będzie zmianę kosztów niewykonanych prac o więcej niż 3 % (jako że dynamizm zmian procentowo niższych winien być uwzględniony w wynagrodzeniu umownym / cenie ofertowej jako ryzyko ryczałtowe). W ocenie Zamawiającego wskazany limit waloryzacji jest zatem uzasadniony i wystarczający biorąc pod uwagę zarówno przedmiot i warunki realizacji zamówienia, szczegółowe zapisy umownych klauzul waloryzacyjnych, jak i charakter wynagrodzenia umownego i implikacje tegoż (w tym zaznaczoną konieczność wkalkulowania określonych ryzyk w cenę ofertową). Podkreśla się także, iż możliwość (a wręcz obowiązek) określenia przez Zamawiającego maksymalnej wysokości zmiany wynagrodzenia umownego w wyniku zastosowania umownych klauzul waloryzacyjnych (tzn. limitu waloryzacji) statuowana jest bezpośrednio przepisami ustawy PZP (jak już wspomniano wyżej niniejsze jest wymogiem ustawowym – vide art. 439 ust. 2 pkt 4 ustawy PZP). Umowa w sprawie zamówienia publicznego jest wszakże umową realizowaną ze środków publicznych, a wydatki publiczne nie mogą być w sposób nieograniczany zwiększane w trakcie obowiązywania umowy z uwagi m.in. na przepisy i wymogi *ustawy o finansach publicznych*, określone limity i ograniczenia budżetów publicznych (w szczególności samorządowych), jak również cały czas dalej obecną na gruncie ustawy PZP regułę zasadniczej trwałości i niezmienności umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wskazuje się również, iż w kontekście umownie określonego charakteru ryczałtowego wynagrodzenia ceny ofertowe nie powinny być zaniżane w sposób nieuwzględniający ewentualności wystąpienia określonych (powszechnie występujących) ryzyk związanych z realizacją zadań budowlanych, w tym również normalnego rynkowego wzoru kosztów ich wykonania w perspektywie czasookresu obowiązywania umowy.

Pytanie nr 2

Dotyczy § Zamawiający w Projekcie Umowy § 3 pkt.2 definiuje:

Wystąpienie nieprzewidzianych zamówień dodatkowych lub innych zamówień powiązanych z przedmiotem zamówienia na roboty budowlane nie powoduje zwiększenia wynagrodzenia ryczałtowego przewidzianego w ust. 1.

*Brak przyznania przez Zamawiającego dodatkowego wynagrodzenia za nadzór nad robotami dodatkowymi 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 zwiększenia zakresu usługi z przyczyn niezależnych od firmy nadzorującej 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”. Zapisy umowne pozostawiające na niezmiennym poziomie wynagrodzenia należne za usługę nadzoru, w sytuacji zwiększenia zakresu sprawowanych usług przez Nadzór, 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.

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

Odpowiedź

Zamawiający informuje, iż nie wyraża zgody na wprowadzenie zmian w ramach zapisu § 3 ust. 2 wzoru umowy (zał. nr 7 SWZ) w zakresie i sposób wskazany w pytaniu, jak również nie potwierdza zawartej w pytaniu konkluzji i podanego mechanizmu wyliczenia wynagrodzenia.

Zamawiający wskazuje, iż przedmiotem niniejszego zamówienia jest świadczenie usług nadzoru branżowego nie tyle nad jakimiś konkretnie wyszczególnionymi i stypizowanymi robotami budowlanymi w zakresie każdej z wymaganych branż, ile nad całością etapu wykonawczego realizowanej w systemie *zaprojektuj i wybuduj* inwestycji budowy połączenia drogowego (wszystkimi realizowanymi w jej obrębie robotami) w okresie jej wykonywania w ramach wskazanych branż budowlanych, co winno warunkować i orientować sposób kalkulowania ceny ofertowej. Kontekst ten znajduje potwierdzenie w umownie określonym sposobie płatności wynagrodzenia umownego, w ramach którego tryb miesięcznego rozliczania nie jest powiązany z wartością robót objętych nadzorem w danym okresie rozliczeniowym, ale bazuje na stałej stawce jednostkowej miesięcznej ustalonej przy uwzględnieniu wartości wynagrodzenia umownego (ceny ofertowej) i długości (czasookresu) obowiązywania umowy (która nie zależy zatem od wartości wykonanych robót objętych nadzorem w danym miesiącu). Podkreśla się również, iż wynagrodzenie za realizację przedmiotu niniejszej umowy będzie miało charakter ryczałtowy, co determinuje m.in. określone prawnie implikacje takiej formuły wynagrodzenia (wynikające w szczególności z art. 632 KC, który wskazuje, iż jeżeli strony umówiły się o wynagrodzenie ryczałtowe, przyjmujący zamówienie nie może żądać podwyższenia wynagrodzenia, chociażby w czasie zawarcia umowy nie można było przewidzieć rozmiaru lub kosztów prac) oraz uzasadnia oczekiwanie, ażeby pewne ryzyka związane z realizacją zamówienia zostały przez Wykonawcę wkalkulowane (uwzględnione) w cenę ofertową. Taki kontekst i intencja wynika również z zapisów wzoru umowy, które wskazują m.in. na konieczność przyjęcia określonej metodologii kalkulacji ceny ofertowej (przy uwzględnieniu przedmiotu zamówienia w postaci nadzoru nad całością etapu wykonawczego inwestycji w zakresie wymaganych branż i charakteru wynagrodzenia umownego). Wskazuje się także, iż w kontekście umownie określonego charakteru ryczałtowego wynagrodzenia oraz przy uwzględnieniu przedmiotu tego zamówienia (nadzór branżowy nad całością inwestycji budowlanej) ceny ofertowe nie powinny być zaniżane w sposób nieuwzględniający ewentualności wystąpienia określonych (powszechnie wstępujących) ryzyk związanych z realizacją zadań budowlanych, w tym również ewentualności następczego zwiększenia / zmiany zakresu konkretnych robót objętych inwestycją (w ramach jej realizacji), których będą dotyczyć świadczone usługi nadzoru nad realizacją inwestycji. W ocenie Zamawiającego przywołane zapisy wzoru umowy nie stanowią o jakimkolwiek wykorzystywaniu pozycji Zamawiającego, czy jakimś jego wyjątkowym uprzywilejowaniu względem drugiej strony umowy, jako że wzór umowy w sposób jednoznaczny wskazuje wytyczne w zakresie kalkulacji cenowej (w tym kontekst pewnych ryzyk, które winny być skalkulowane w ramach wynagrodzenia –

zgodnie z istotą i charakterem umownego typu wynagrodzenia oraz przy uwzględnieniu przedmiotu tego zamówienia) – to wykonawca jest autorem oferty (która winna być przygotowana w sposób uwzględniający te wytyczne), a dokonywanie jakichś późniejszych sztucznych podziałów wynagrodzenia umownego (i przyjmowanie odrębnego mechanizmu jego wyliczenia i płatności) nie byłoby zgodne z duchem i zapisami umowy oraz formułą przedmiotu zamówienia.

Pytanie nr 3

Zamawiający w Projekcie Umowy § 7 pkt.6 definiuje:

Zamawiający zastrzega sobie prawo do rozwiązania umowy przez wypowiedzenie z zachowaniem 30-dniowego okresu wypowiedzenia, bez podania przyczyny. W takim przypadku Wykonawca może żądać jedynie wynagrodzenia należnego z tytułu wykonania części umowy, proporcjonalnie za okres wykonywania usług.

Zgodnie z zasadą równości stron, wnosimy o określenie kary umownej dla Zamawiającego w wysokości 20% za odstąpienie od umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego.

Odpowiedź

Zamawiający informuje, iż nie wyraża zgody na wprowadzenie zmian w ramach zapisów wzoru umowy (zał. nr 7 SWZ) w zakresie i sposób wskazany w pytaniu, jako że przedmiotowe zapisy są w szczególności zgodne z art. 746 § 1 KC.

Zamawiający wskazuje, iż przepisy obowiązującego prawa nie wymagają zachowania całkowitej symetrii zapisów umownych, w tym określonych obciążeń / obowiązków – cywilistyczna zasada równości stron nie jest bezwzględna i doznaje wielu ograniczeń w kontekście kształtowania treści postanowień umownych w związku z publicznym charakterem wydatków, jakie generuje umowa zamówieniowa. Wzór umowy przewiduje kary umowne dla Zamawiającego, które wydają się wystarczające w świetle przedmiotu tej umowy. Zaznacza się, iż wdrażanie mechanizmu odstąpienia od umowy stanowi rozwiązanie ostateczne, z którego korzysta się w szczególnych przypadkach, a ponadto w przeważającej większości generuje on spór między stronami głównie co do przyczyn takiego działania (i kontekstu zawinienia), który rozstrzygany jest na drodze sądowej. Na marginesie nadmienia się, iż treść niniejszego pytania wskazuje na pomieszanie pojęć i instytucji (trybów) prawnych – odwołując się do zapisu § 7 ust. 6 wzoru umowy przewidującego umowne prawo rozwiązania umowy za wypowiedzeniem pytanie to zawiera jednocześnie konkluzję na temat określenia kary umownej za odstąpienie od umowy. W ocenie Zamawiającego brak jest podstaw do przewidywania kary umownej, o której mowa w pytaniu, a sytuacja ta nie narusza przepisów ustawy PZP, jak również przepisów KC.

Pytanie nr 4

Wnosimy do Zamawiającego o uszczegółowienie dokumentacji przetargowej o poniższe informacje:

- *na jakim etapie jest ZRID*
- *kiedy Zamawiający przewiduje wydanie ZRID*
- *kiedy Zamawiający przewiduje rozpoczęcie świadczenia usługi*

Odpowiedź

W kontekście przedmiotowego pytania Zamawiający informuje, iż postępowanie w sprawie uzyskania decyzji ZRID jest obecnie w toku, pozyskane już zostały wszelkie wymagane w ramach tej procedury decyzje, uzgodnienia i opinie, a wydanie decyzji ZRID planowane jest do połowy sierpnia 2021 r. Ponadto nadmienia się, iż rozpoczęcie świadczenia usług nadzoru objętych niniejszym zamówieniem ma rozpocząć się po zawarciu umowy w sprawie tego zamówienia – w momencie rozpoczęcia wykonywania robót w ramach inwestycji objętej nadzorem po przekazaniu wykonawcy tej inwestycji terenu budowy, co przy dotrzymaniu założonego terminu wydania decyzji ZRID winno nastąpić w II połowie sierpnia 2021 r. (teren budowy zasadniczo winien zostać przekazany wykonawcy w terminie 7 dni od dnia wydania

decyzji ZRID), jeżeli rozpoczęcie wykonywania robót nastąpi już po zawarciu umowy w sprawie niniejszego zamówienia, ewentualnie bezpośrednio po zawarciu w sprawie tego zamówienia, jeżeli czynności związane z przekazaniem terenu budowy i rozpoczęciem wykonywania robót zostaną dokonane już wcześniej (przed zawarciem tej umowy).

Pytanie nr 5

(...) wnosi do Zamawiającego o usunięcie przez Zamawiającego rozbieżności w dokumentacji przetargowej pomiędzy dokumentami:

SWZ pkt. 3.1.4 :

UWAGA! Warunki określone w ramach ppkt 1 – 9 muszą być spełnione łącznie.

Zamawiający dopuszcza możliwość wskazania jednej osoby do pełnienia więcej niż jednej funkcji branżowego Inspektora nadzoru inwestorskiego spośród funkcji, o których mowa w ppkt 1 – 8, oraz pełnienia przez tę osobę tych funkcji łącznie w toku realizacji zamówienia, przy czym w takowej sytuacji odnośnie takiej osoby musi zostać wykazane spełnianie wszystkich wymagań dotyczących uprawnień i doświadczenia przypisanych do każdej z łączonych funkcji. Na stanowisko Koordynatora zespołu Inspektorów nadzoru inwestorskiego branży budowlanej, o którym mowa w ppkt 9, może zostać wyznaczona jedna z osób wskazanych w ppkt 1 – 8 (tzn. jeden z Inspektorów branżowych – jako jego dodatkowa funkcja pełniona w toku realizacji zamówienia) albo inna osoba (osoba trzecia – spoza grona Inspektorów branżowych, o których mowa w ppkt 1 – 8)

SPECYFIKACJA TECHNICZNA WYKONANIA I ODBIORU USŁUGI

Zamawiający wymaga aby Kontrakt był realizowany przez zespół inspektorów nadzoru inwestorskiego spełniający warunki zawarte w prawie budowlanym, a w szczególności zgodnie z przepisami dotyczącymi samodzielnych funkcji technicznych w budownictwie. Wykonawca wyznaczy koordynatora zespołu inspektorów nadzoru robót branżowych do kontaktu z Wykonawcą, który będzie stać na czele tego Zespołu. Dopuszcza się aby osoba pełniła funkcję inspektora nadzoru. Zamawiający wyznacza na koordynatora inspektora nadzoru branży mostowej.

Przyszły Wykonawca winien mieć dowolność, tak jak to jest wskazane w SIWZ w zakresie powierzenia stanowiska Koordynatora zespołu Inspektorów nadzoru inwestorskiego dowolnemu członkowi zespołu.

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, iż w treści STWiOU (stanowiącej element OPZ – zał. nr 1 SWZ) w wyniku omyłki pozostawione zostały nieprecyzyjne i niezaktualizowane (i przez to niespójne z pozostałą treścią SWZ) zapisy dotyczące funkcji Koordynatora zespołu Inspektorów nadzoru inwestorskiego branży budowlanej – zgodnie z zapisami cz. I pkt 2 oraz cz. II pkt 3.1.4. SWZ – cz. opisowa oraz treścią ogłoszenia o zamówieniu na stanowisko Koordynatora może zostać wyznaczona albo jeden z wymaganych Inspektorów branżowych, albo inna osoba (osoba trzecia – spoza grona wymaganych Inspektorów branżowych) – wedle wyboru i decyzji Wykonawcy.

W związku z zaistniałą omyłką w zakresie treści STWiOU Zamawiający niniejszym informuje, iż w trybie art. 286 ust. 1 i 7 ustawy PZP dokonana została zmiana treści SWZ w zakresie zawartych w STWiOU zapisów dotyczących osoby mającej pełnić funkcji Koordynatora zespołu Inspektorów nadzoru inwestorskiego branży budowlanej – w celu usunięcia zaistniałej omyłki i nieścisłości oraz koniecznego ujednoczenia zapisów SWZ odnośnie tej kwestii (wedle zapisów SWZ – cz. opisowej i ogłoszenia o zamówieniu). W załączeniu do niniejszego pisma udostępnia się zatem zamienną str. 2 STWiOU (oznaczoną datą 02.08.2021 r.) uwzględniającą wprowadzoną korektę zapisów – przedmiotowy dokument zamieszczony jest na serwerze ftp w folderze pn. *załączniki do pisma z dnia 02.08.2021 r.* (adres / link: ftp://ftp.zdw.krakow.pl/wzp3/_postepowanie44_21 albo serwer: zdw.krakow.pl / katalog pn. *wzp3 /*

folder pn. *_postepowanie44_21* – tryb dostępu zgodnie z informacjami określonymi w zał. nr 1 SWZ – OPZ).

Niniejsze pismo staje się częścią Specyfikacji Warunków Zamówienia.

*Z up. Dyrektora
Zarządu Dróg Wojewódzkich w Krakowie
Inga Gęsiarz-Nowak
Naczelnik Wydziału Zamówień Publicznych*

Rozdzielnik:
www.zdw.krakow.pl
1 x DN-4 a/a