

Chorzów, dnia 24.05.2012r.

Sygn. ND/FZ/1499/12

Dotyczy: przetargu nieograniczonego o numerze sprawy UE/JRP/390/2012

W związku z pytaniami Wykonawców odnośnie treści SIWZ do postępowania pn.: **Inżynier Kontraktu** dla zadań inwestycyjnych objętych Projektem pn.: Modernizacja infrastruktury tramwajowej i trolejbusowej w Aglomeracji Górnośląskiej wraz z infrastrukturą towarzyszącą” POIS.07.03.00-00-012/11 współfinansowanym przez Unię Europejską ze środków Funduszu Spójności w ramach Programu Operacyjnego Infrastruktura i Środowisko wyjaśniamy:

Pytanie 1

W ocenie uczestnika, w umowie powinno być wskazane jaką dokumentację źródłową i kiedy przekaze Zamawiający. Od tego momentu Wykonawca może bowiem zacząć dopiero prace, gdy ma pełną dokumentację. W umowie w ogóle brak obowiązku Zamawiającego do przekazania dokumentacji niezbędnej do wykonania umowy. Prosimy o wyjaśnienie czy Zamawiający zamierza przekazać Wykonawcy dodatkowe dane źródłowe i dodatkowe wytyczne aniżeli zamieszczone w SWIZ i załącznikach, jeżeli tak, to proszę o wyprowadzenie zapisu w tym zakresie oraz zapisu, że termin na wykonanie umowy w § 1 ust. 1 biegnie od momentu przekazania tych danych czy dokumentacji oraz, że termin wykonania umowy zostanie przedłużony o okres czasu opóźnienia Zamawiającego.

Odpowiedź

Zamawiający przekaze dokumenty wskazane w OPZ po podpisaniu umowy z wykonawcą. Ponieważ zamawiający nie będzie przekazywał dodatkowych materiałów źródłowych ponad wymienione w załączniku do SIWZ nie widzi konieczności wprowadzania zmian w treści umowy.

Pytanie 2

Zgodnie z postanowieniami § 1 ust. 1 Umowy Inżynier ma pełnić nadzór autorski. Wnosimy o wyjaśnienie czy w ramach umowy projektowej jest to dopuszczone oraz czy projektant przeniósł na Zamawiającego majątkowe prawa autorskie w tym prawa zależne uprawniające do dokonywania zmian i modyfikacji w projekcie. Z umowy wprost też nie wynika, że Inżynier ma dokonywać niezbędnych zmian - rozwiązań zamiennych w projekcie, gdyż mowa tam np. w § 1 ust.1.7 o doradztwie technicznym i opiniowaniu koniecznych i celowych zmian, niemniej takie są obowiązki wynikające z nadzorów autorskich wynikające z przepisów prawa. Prosimy o wyjaśnienie czy takie obowiązki też będzie wykonywał, a jeżeli tak o zapewnienie zgodnie z powyższym, że projektant przeniósł na Zamawiającego wykonywanie autorskich majątkowych prawa zależnych.

Odpowiedź

W ramach umowy projektowej wykonawca przeniósł na zamawiającego wszelkie prawa majątkowe autorskie.

Pytanie 3

W § 4 ust. 2 mowa o okresie gwarancji i rękojmi na roboty budowlane. Prosimy o wyjaśnienie jakie są okresy gwarancji i rękojmi przewidziane w tej umowie, jak często mają się odbywać przeglądy gwarancyjne oraz czy okresy gwarancji i rękojmi mieszają się w limicie czasowym do 31.12.2014r. a jak nie to dokładnie prosimy o podanie do jakiej daty trwa gwarancja i rękojmia na roboty budowlane.

Odpowiedź

Kryterium oceny ofert w postępowaniu na roboty budowlane jest gwarancja, która nie może być krótsza od 60 miesięcy i nie może być dłuższa niż 120 miesięcy.

Pytanie 4

Prosimy o wyjaśnienie § 5 ust. 1 umowy w szczególności o doprecyzowanie o jakie "wszystkie ryzyka" chodzi.

Odpowiedź

Zamawiający oczekuje od Wykonawcy jako profesjonalnego podmiotu przewidzenia wszystkich dających się racjonalnie przewidzieć ryzyk, występujących przy wykonywaniu umów na usługi inżyniera kontraktu. Zostało to wprost wyrażone w ostatnim zdaniu §5 ust. 1 wzoru umowy.

Pytanie 5

Nasza firma - jako część Grupy GDF SUEZ - korzysta z ubezpieczenia Grupowego OC, które GDF SUEZ wykupuje (rokrocznie) dla wszystkich podmiotów grupy (w tym **TE** Katowice) u jednego ubezpieczyciela (obecnie: AXA Paryż).

Jako dowód posiadania ubezpieczenia OC otrzymujemy (także rokrocznie): Certyfikat Ubezpieczeniowy i tzw. Podsumowanie (Insurance Certificate oraz Summary) - jak w załączeniu.

Opłacanie składki przez naszą firmę odbywa się na następującej zasadzie: należną płatność naszą firmą dokonuje na rzecz naszej spółki bezpośrednio nadrzędnej, tj.: Tractebel Engineering Bruksela, która z kolei składkę za ubezpieczenie OC całej grupy Tractebel Engineering przesyła do podmiotu znajdującego się powyżej w strukturze Grupy GDF SUEZ, tj. Energy Services Branch.

Ponieważ nasza firma nie dokonuje bezpośredniej zapłaty na rzecz AXA Paryż (ubezpieczyciel) - to, naszym zdaniem, za dowód zapłaty składki uznać należy potwierdzenie zapłaty faktury za ubezpieczenie OC, wystawionej naszej firmie przez **TE** Bruksela.

Dodatkowo w Certyfikacie Ubezpieczeniowym znajduje się zapis: "Składka zafakturowana (...), została stosownie uiszczona", co potwierdza, naszym zdaniem, ważność polisy Oc. Dokument ten (Certyfikat) został wystawiony i podpisany przez przedstawiciela firmy ubezpieczeniowej, w której najlepszym interesie - jak rozumiemy - leży uiszczenie składki przez jej klientów.

Oprócz dokumentów ogólnych (jak załączone: Certyfikat Ubezpieczeniowy oraz Podsumowanie) nasza firma na żądanie podmiotu Zamawiającego/Klienta - dostarcza także Zaświadczenie Ubezpieczeniowe dedykowane dla konkretnego projektu. W załączeniu przesyłamy, jako wzór, Zaświadczenie Ubezpieczeniowe dla projektu dot. Pełnienia Funkcji Inspektora Nadzoru w Będzinie.

Prosimy o informację czy analogiczny dokument dedykowany, wystawiony dla kontraktu będącego przedmiotem niniejszego postępowania przetargowego (dokument będzie odnawiany corocznie) jest wystarczającym dla Zamawiającego i czy Zamawiający go zaakceptuje.

Odpowiedź

Zamawiający zaakceptuje, jako potwierdzenie zawarcia i opłacenia wymaganej w Rozdziale VI punkt 2 SIWZ umowy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej kontraktowej i deliktowej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie niższą niż 2.500.000,00 zł, każdy dokument, z którego jednoznacznie będzie wynikało zawarcie wymaganej umowy ubezpieczenia i opłacenie należnej ubezpieczycielowi składki.

Pytanie 6

Wnosimy także o wykreślenie ostatniego zdania, z § 5 ust. 1 (patrz pyt. 12). Uzyskanie polisy bez limitu zdarzeń dla szkód w tym do wysokości utraconych korzyści jest bardzo kosztowe, wręcz niewykonalne, a w konsekwencji dla Zamawiającego może znacznie podwyższyć koszt zamówienia.

Odpowiedź

Zamawiający nie wyraża zgody na wykreślenie ostatniego zdania §5 ust. 1 wzoru umowy

Pytanie 7

W § 6 ust. 1 ograniczono odpowiedzialność z tytułu niewykonania i nienależytego wykonania umowy do kar umownych i odszkodowania uzupełniającego na zasadach ogólnych bez limitu ale do wartości rzeczywiście poniesionej szkody. Natomiast w § 5 ust. 1 wymaga się ubezpieczenia od wszelkich szkód w tym w zakresie utraconych korzyści. Wobec zaistniałych nieścisłości wnosimy więc o wykreślenie zdania ostatniego z § 5 ust. 1 i wprowadzenie w § 6 ust. 1 zmiany na zapis:

Strony ustalają odpowiedzialność za niewykonanie umowy i nienależyte wykonanie umowy w formie kar umownych, o których mowa w ust. 2 i 2a) lub odszkodowania uzupełniającego z tym że wartość kar umownych nie może przekraczać wartości 30% wynagrodzenia umownego, o którym mowa w § 3 ust. 1 a), a całkowita odpowiedzialność Wykonawcy ogranicza się do wysokości wynagrodzenia, o którym mowa w § 3 ust. 1 a) umowy i do szkód rzeczywiście poniesionych.

Odpowiedź

Zamawiający nadaje §6 ust. 1 wzoru umowy następujące brzmienie:

Strony ustalają odpowiedzialność za niewykonanie lub nienależyte wykonanie Umowy w formie kar umownych i odszkodowania za rzeczywiście poniesioną szkodę oraz utracone korzyści, jeżeli ich rozmiar przekroczy wysokość kar umownych.

Pytanie 8

W § 10 przewidziano jednostronnie dla Zamawiającego prawo odstąpienia od umowy. Powołano się w § 10 ust. 1 oraz 10 ust. 3 na podpunkt g), którego nie ma w § 10 ust.1. Nadto w § 10 ust. 4 zastrzeżono, że odstąpienie ma skutek na przyszłość, co jest niezgodne z tą instytucją. W przypadku odstąpienia od umowy, uważana jest ona za niezawartą zgodnie z art. 395 § 2 KC. Wnosimy o wykreślenie zapisu § 10 ust. 4 i wyjaśnienie o jaki podpunkt g) chodzi. Nadto wnosimy o dodanie do umowy uprawnienia dla Inżyniera do odstąpienia od umowy poprzez dodanie w § 10 ust. 5

Inżynier może odstąpić od umowy w następujących przypadkach:

- a) *Gdy Zamawiający pozostaje w opóźnieniu z zapłatą wynagrodzenia chociażby w części ponad 35 dni od terminu wymagalności po wcześniejszym wezwaniu do zapłaty w terminie nie krótszym niż 3 dni. Wezwanie do zapłaty może zostać wysłane gdy opóźnienie wynosi więcej niż 25 dni.*
- b) *Gdy Zamawiający nie współdziała w realizacji umowy pomimo wezwania i wyznaczenia terminu na wykonywanie obowiązków umownych, nie krótszego niż 5 dni.*
- c) *Gdy Zamawiający opóźnia się z wykonywaniem obowiązków umownych ponad 10 dni.*

Odpowiedź

Zamawiający poprawi oczywistą omyłkę pisarską wskazując w § 10 ust. 1 na lit f) a w § 10 ust. 3 na ust. 1 lit f).

Zamawiający nie dokonuje zmiany umowy poprzez wykreślenie § 10 ust. 4 i dopisanie § 10 ust. 5.

Pytanie 9

Zgodnie z pkt 3 rozdziału III SIWZ wynagrodzenie za realizację zamówienia ma charakter ryczałtowy, a obowiązkiem wykonawcy jest wykonanie całości usług w cenie ryczałtowej. Jednocześnie w pkt 1 i 2 rozdziału XIV SIWZ ustalono, że kwota podana w ofercie wykonawcy jest ceną ryczałtową i wymagane jest wyliczenie ceny od wartości szacunkowej robót budowlanych netto podanej w załączniku nr 1 do SIWZ. Natomiast dalej we wzorze umowy, stanowiącym załącznik nr 9 do SIWZ w § 3 ust. 1 i 2 Zamawiający postanowił, że wynagrodzenie umowne stanowić będzie kwota nie większa niż dany % wartości (netto) robót budowlanych w ramach inwestycji, a ostatecznie wynagrodzenie z umowy będzie wynikiem końcowym rozliczeń wykonanych robót budowlanych.

Wobec powyższych zapisów SIWZ prosimy o jednoznaczną odpowiedź czy wynagrodzenie umowne stanowić będzie cena ryczałtowa przez nas oferowana (cena oferty), czy wynagrodzeniem umownym będzie kwota stanowiąca dany % wartości robót budowlanych wykonanych w ramach tej inwestycji ustalona po ich rozliczeniu?

W drugim przypadku należy się liczyć bowiem, że cena robót budowlanych po przetargu może znaczenie odbiegać od wartości tych robót określonych w kosztorysie inwestorskim. Przy aktualnej sytuacji na rynku różnica ta może wynosić nawet 50%. Zgodnie z SIWZ w celu założenia oferty na pełnienie usługi Inżyniera Kontraktu wymagane jest wyliczenie ceny od wartości szacunkowej robót budowlanych netto podanej w załączniku do SIWZ. Obecnie trudna sytuacja na rynku zmusza wykonawców do zakładania minimalnego zysku na oferowanych przedsięwzięciach, co powoduje, że blisko 90% wartości oferowanych cen stanowią koszty usługi. Uzależnienie ostatecznego wynagrodzenia dla Inżyniera Kontraktu od rzeczywistej wartości robót w ramach kontraktów rozstrzygniętych na drodze przetargów może doprowadzić do sytuacji, w której faktyczne wynagrodzenie umowne Wykonawcy usługi Inżyniera Kontraktu nie będzie pokrywało kosztów poniesionych przez wykonawcę na realizację zamówienia, a w konsekwencji konieczność podejmowania działań ograniczających te koszty, co mogłoby mieć także wpływ na należyłą staranność przy realizacji zamówienia, a także będzie zmuszało wykonawcę do wykonania umowy poniżej opłacalności.

W tym świetle można by się zastanowić czy postanowienia umowne w obecnej formie nie godzą w zwyczaj ucziwego obrotu, a takie czy ułożenie stosunku prawnego nie narusza przepisu określonego w art. 353¹ k.c. jako, że cel lub treść ułożonego stosunku prawnego nie może sprzeciwiać się zasadom współżycia społecznego. Tym bardziej, że nieważna jest czynność prawna sprzeczna z zasadami współżycia społecznego (art. 58 § 2 k.c.).

Poszczególne postanowienia SIWZ stanowią, że wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy, a obowiązkiem wykonawcy jest realizacja usług w cenie ryczałtowej. Jak przyjęto w rzecznictwie sądowym (wyrok Sądu Najwyższego z dn. 20.11.1998r. sygn. akt: CRN 913/97) ryczałt polega na umówieniu z góry wysokości wynagrodzenia w kwocie absolutnej. Prosimy o odpowiedź jak wobec tego należy rozumieć postanowienie zawarte we wzorze umowy, że ostateczne wynagrodzenie wykonawcy będzie wynikiem końcowych rozliczeń robót budowlanych w ramach inwestycji przez wykonawców robót budowlanych? Przyjęty sposób rozliczeń polegający na wyliczeniu wynagrodzenia po wykonaniu robót budowlanych właściwy jest dla wynagrodzenia kosztorysowego, tym bardziej że Zamawiający może wynagrodzenia umowne obniżyć (§ 3 ust. 3 wzoru umowy), a zgodnie z SIWZ wykonawca nie będzie mógł domagać się zwiększenia wynagrodzenia. Przecież cechą wynagrodzenia ryczałtowego jest jego niezmienność i niezależnienie od ilości wykonanych prac. Wybór ryczałtu jako formy wynagrodzenia za wykonanie zamówienia powoduje, że ryzyko błędnego wyliczenia ceny ponosi wykonawca. Oderwanie wyliczenia kwoty wynagrodzenia umownego od wartości szacunkowej zamówienia na roboty budowlane określonej w kosztorysie inwestorskim i uzależnienie jej wysokości od kwoty rozliczenia

wykonanych robót budowlanych powoduje znaczne utrudnienie, jeśli nie umożliwia prawidłową kalkulację ceny ofertowej za realizację niniejszego zamówienia. Ryzyko obniżenia kwoty wynagrodzenia za wykonane roboty budowlane w stosunku do ich wartości z kosztorysu inwestorskiego skutkuje koniecznością wysokiego wyszacowania tego ryzyka, gdyż na etapie sporządzania ceny ofertowej na usługę Inżyniera Kontraktu bardzo trudno przewidzieć ile faktycznie ta różnica będzie wynosić.

Jednocześnie chcemy, zaznaczyć, że szacowanie kosztów wykonania usługi Inżyniera Kontraktu oparte jest w szczególności na właściwym określeniu zaangażowania wszystkich specjalistów niezbędnych do należytego wykonania usługi w czasie trwania umowy. Zatem głównym czynnikiem cenotwórczym jest w tym przypadku całkowity koszt wynagrodzenia poszczególnych członków zespołu Inżyniera Kontraktu za zaangażowanie przez okres trwania umowy. Czas trwania umowy uzależniony jest natomiast w szczególności od czasu trwania robót budowlanych. Reasumując – nadzór i zarządzanie danym przedsięwzięciem polegającym na wykonaniu robót budowlanych o ściśle określonym zakresie zależy głównie od czasu trwania tych robót, a nie od ich wartości. Zatem uzależnienie wynagrodzenia Inżyniera Kontraktu od wartości robót budowlanych, których na etapie sporządzenia oferty jeszcze nie można jednoznacznie określić nie stanowi najwłaściwszego odzwierciedlenia dla szacowania kosztów tej usługi.

Pytanie 10

Zwracamy się do Zamawiającego o wyjaśnienie rozbieżności pomiędzy zapisami ujętymi w SIWZ, Rozdział XIV, pkt 1, a treścią § 3 wzoru umowy stanowiącego Załącznik nr 9 do SIWZ.

Zamawiający w SIWZ precyzuje wynagrodzenie wykonawcy jako cenę ryczałtową, a zatem w rozumieniu art. 632 Kodeksu Cywilnego w związku z treścią art. 139 Ustawy Pzp jest to cena niezmienna i ostateczna, zgodna ze złożoną ofertą wyrażoną pieniądzu a nie w %. Tymczasem w § 3 wzoru umowy, Zamawiający wprowadza uzależnienie ostatecznego wynagrodzenia Wykonawcy od czynników zewnętrznych tj. wartości końcowej robót budowlanych.

Należy zaznaczyć, iż zakres obowiązków Wykonawcy przy zachowaniu pełnego zakresu przedmiotowych robót budowlanych pozostaje ten sam bez względu na cenę robót budowlanych, które z reguły są niższe niż wartość tych robót oszacowana w kosztorysach inwestorskich.

Zachowanie aktualnych zapisów w SIWZ spowoduje, że umowa w tym zakresie posiadać będzie wadę prawną i taka niezgodność z prawem skutkować może jej nieważnością.

W związku z powyższym, Wykonawca wnosi o dostosowanie treści SIWZ i wzoru umowy do obowiązujących przepisów prawnych, w tym ustawy o cenach, którą przywołuje art. 2 Ustawy Pzp nakazujący określanie ceny umownej w pieniądzu jako wartości stałej.

Odpowiedź na pytanie 9 i 10

Zamawiający potwierdza, że wynagrodzenie przewidziane dla Wykonawcy w niniejszym postępowaniu ma charakter ryczałtowy. Górną granicą ryczałtu jest kwota podana w ofercie przez Wykonawcę, a następnie wpisana do §3 ust. 1 wzoru umowy. Kwota ta stanowi górną granicę odpowiedzialności Zamawiającego wobec Wykonawcy z tytułu ceny świadczonej usługi inżyniera kontraktu. Pozostałe zapisy §3 wzoru umowy stosuje się.

Pytanie 11

Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu w zakresie wnoszonego wadium na każde z 5 zadań, natomiast nie określił dla tych zadań wymagań doświadczenia zawodowego, posiadanych środków i ubezpieczenia. Zwracamy się więc z zapytaniem jakim

doświadczeniem i jakimi środkami należy dysponować składając ofertę na poszczególne zadania?

Odpowiedź

Zamawiający podzielił zamówienie na 5 części zgodnie z opisem zawartym w przedmiocie zamówienia. Każdy wykonawca może złożyć ofertę na wszystkie lub wybrane części.

Warunki udziału w postępowaniu wymienione w rozdziale IV muszą być spełnione niezależnie od tego czy wykonawca składa ofertę na wszystkie czy wybrane części.

Pytanie 12

W pkt III.2.3 Kwalifikacje podpunkt 1.1 Zamawiający wymaga wykazania się zamówieniem lub zamówieniami polegającymi na sprawowaniu funkcji Inżyniera kontraktu nad budową lub przebudową torowiska tramwajowego wraz z siecią trakcyjną dla inwestycji o wartości co najmniej 35.000.000,00 zł netto, przy czym wartość jednego zamówienia nie może być mniejsza niż 10.000.000,00 zł netto.

Prosimy o wyjaśnienie, czy podana kwota 10.000.000,00 zł netto dotyczy umowy na sprawowanie funkcji Inżyniera kontraktu czy też podana kwota odnosi się do wartości robót budowlanych (inwestycji) dla których świadczona była usługa Inżyniera Kontraktu.

Odpowiedź

Wartości, o których mowa w rozdziale VI, punkt 1, ppkt 1.1 odnoszą się do wartości robót budowlanych, dla których świadczona była usługa inżyniera kontraktu.

Pytanie 13

Wnosimy o wykreślenie § 5 ust. 2, gdyż uprawnienie takie wynika z KC, a w praktyce w polisach czy certyfikatach takiego zapisu się nie stosuje, w szczególności gdy Inżynier ma stałą ciągłą polisę. Zgodnie bowiem z art. 821 § 4 KC uprawniony do odszkodowania w związku ze zdarzeniem objętym umową ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej może dochodzić roszczenia bezpośrednio od ubezpieczyciela.

Odpowiedź

Zamawiający nie wyraża zgody na wykreślenie §5 ust. 2, zapis ten bowiem jest zgodny z prawem powszechnie obowiązującym, zabezpiecza należycie interes Zamawiającego.