



Dofinansowano ze środków Funduszu Modernizacyjnego

Bydgoszcz, 22 stycznia 2024 r.

L.dz. GZ/MK/ 228 /24

Sprawa: **Usługa pełnienia funkcji Inżyniera Kontraktu oraz nadzór nad realizacją projektu pn. „Instalacja recyklingu organicznego poprzez fermentację bioodpadów w MKUO ProNatura Sp. z o.o. w Bydgoszczy MKUO ProNatura ZP/NO/3/24**

I. Zgodnie z art. 135 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. jedn. Dz. U. 2023 r. poz. 1605 ze zm.) Zamawiający udziela poniższych wyjaśnień:

Pytanie 3:

Wykonawca wnioskuję o wykreślenie z § 5 ust. 1 Projektowanych Postanowień Umowy zapisu, cyt.: „(...) Inżynier Kontraktu zobowiązany jest wykonywać Przedmiot Umowy do dnia, w którym dojdzie do spełnienia się obu warunków:

(i) zakończenia Przedsięwzięcia, potwierdzonego Protokołem Odbioru Końcowego i (ii) rozliczenia dotacji w ramach Umowy (...)”.

Uzasadnienie:

W opinii Wykonawcy, o ile zasadnym może być przerzucenie na Inżyniera odpowiedzialności za zawieszenie robót lub przedłużenie czasu ich trwania spowodowane działaniem lub zaniechaniem samego Inżyniera, to w kontekście umowy o realizację zamówienia publicznego obarczenie go skutkami działań i zaniechań, za które nie ponosi odpowiedzialności nie jest dopuszczalne. Sprzeczność powyższego sformułowania z art. 5 Ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks Cywilny (Dz. U. z 2023 r., poz. 1610 ze zm.), przesądza o jego nieważności.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody. Zamawiający musi zagwarantować obsługę Inżyniera Kontraktu na cały czas realizacji projektu, niezależnie od przyczyn jego ewentualnego przedłużenia. Przedmiotowy zapis nie przenosi na Wykonawcę odpowiedzialności za okoliczności, o których mowa w pytaniu, a jedynie określa zakres czasowy jego obowiązków, a tym samym nie sposób mówić o naruszeniu przepisu art. 5 KC tym bardziej, że interes Wykonawcy zabezpieczony jest dodatkowo postanowieniami części XII ust. 1 pkt 5 w zw. z ust. 5 SWZ, regulującymi skutki zmiany okresu realizacji zamówienia w kontekście wynagrodzenia Wykonawcy.

Projekt pn.: „Instalacja recyklingu organicznego poprzez fermentację bioodpadów w MKUO ProNatura Sp. z o.o. w Bydgoszczy”

Międzygminny Kompleks Unieszkodliwiania Odpadów ProNatura Sp. z o. o., ul. Ernsta Petersona 22, 85-862 Bydgoszcz, zarejestrowana w Sądzie Rejonowym w Bydgoszczy, XIII Wydział Gospodarczy KRS 0000296965, kapitał zakładowy 29.997.000,00 zł wniesiony w całości przez Miasto Bydgoszcz, NIP 953-255-97-41, REGON 340378577, nr BDO 000010322, Biuro Zarządu: tel. 52 506 59 45, biuro@pronatura.bydgoszcz.pl, ProNatura oświadcza, że jest dużym przedsiębiorcą w rozumieniu przepisów 4 pkt 6 w zw. z art. 4 pkt 5 a contrario ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych (t. jedn. Dz.U. z 2019r., poz. 118 ze zm.) w związku z art. 2 Rozporządzenia Komisji (UE) nr 651/2014 z dnia 17 czerwca 2014 r. uznające niektóre rodzaje pomocy za zgodne z rynkiem wewnętrznym w zastosowaniu art. 107 i 108 Traktatu (Dz. Urz. UE L Nr 187, str. 1) a contrario.

Pytanie 4:

Wykonawca wnioskuję o zmianę § 5 ust. 1 Projektowanych Postanowień Umowy w kontekście zapisu, cyt.:

„(...) Termin 36 (trzydziestu sześciu) miesięcy może ulec zmianie w przypadku przedłużenia okresu realizacji Przedsięwzięcia, zaniechania realizacji Przedsięwzięcia lub innych okoliczności, których Zamawiający nie jest w stanie przewidzieć w dniu podpisania Umowy.”

na:

„Termin 36 (trzydziestu sześciu) miesięcy może ulec zmianie w przypadku przedłużenia okresu realizacji Przedsięwzięcia, zaniechania realizacji Przedsięwzięcia lub innych okoliczności, których Zamawiający nie jest w stanie przewidzieć w dniu podpisania Umowy z zachowaniem prawa do podwyższenia wynagrodzenia Inżyniera Kontraktu o którym mowa w § 7 Umowy”.

Uzasadnienie:

Modyfikacja zacytowanego przepisu pozytywnie wpłynie na zaburzoną w opinii Wykonawcy równowagę kontraktową oraz ukształtuje stosunek umowny w sposób niesprzeczny z treścią art. 5 Ustawy Kodeks Cywilny.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody. Równowagę kontraktową w zakresie objętym pytaniem gwarantują postanowienia części XII ust. 1 pkt 5 w zw. z ust. 5 SWZ.

Pytanie 5:

Wykonawca wnioskuję o wprowadzenie do kontraktu dodatkowego zapisu do § 7 a ściślej dodatkowego ustępu => 7 lit (a) dającego Inżynierowi Kontraktu prawo do podwyższenia jego wynagrodzenia w przypadku przedłużenia terminu wykonania umowy na skutek okoliczności za które nie ponosi on odpowiedzialności, proponowane brzmienie nowego ustępu:

§ 7

7a. Inżynierowi Kontraktu przysługuje prawo żądania podwyższenia wynagrodzenia o... % określonego w § 7 ust. 1 Umowy w przypadku przedłużenia terminu wykonania umowy o którym mowa w § 5 ust. 1 na skutek okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności.

Uzasadnienie:

Zasady uczciwego postępowania i słuszności kontraktowej wyrażać się powinny w tym, że z podziału ryzyka związanego z ewentualnym wydłużeniem czasu trwania kontraktów na roboty budowlane, którymi administruje Inżynier, powinno wynikać przedłużenie czasu realizacji kontraktów na usługi, i że przedłużenia te powinny być skorelowane ze sobą (podobnie rzecz się ma z pokryciem kosztów Inżyniera w przedłużonym czasie). Podobnie jak w przypadku wyżej wnioskowanych zmian, i ta winna korzystnie wpłynąć na równowagę kontraktową.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody - por. odpowiedź na pytanie 2.

Pytanie 6:

Wykonawca wnioskuję o możliwość waloryzacji wynagrodzenia określonego w treści Umowy (§7) wg. poniższych zasad.

„Waloryzacja wynagrodzenia ryczałtowego następuje na wniosek Inżyniera Kontraktu lub Zamawiającego. Zmiana wynagrodzenia zostanie wprowadzona do Umowy, o ile wzrost lub zmniejszenie cen towarów i usług konsumpcyjnych wg. Wskaźnika, wyniesie co najmniej 12,00% na dzień waloryzacji, przy czym łączny maksymalny wzrost lub zmniejszenie wynagrodzenia Inżyniera Kontraktu określonego w §7 niniejszej umowy, nie może przekroczyć 6,00%”



Dofinansowano ze środków Funduszu Modernizacyjnego

Uzasadnienie:

Wykonawca wskazuje, że waloryzacja nie jest wymierzona przeciwko Zamawiającemu, a wręcz przeciwnie – leży w jego interesie. W przypadku jej faktycznego braku (jak w niniejszym postępowaniu) każdy z Wykonawców składających ofertę będzie zmuszony wliczyć w cenę wszelkie ryzyka związane z wzrostem swoich kosztów – zatem Zamawiający poniesie te ryzyka, niezależnie od tego czy i w jakim stopniu one wystąpią. W przypadku zachowania zgodnego z intencją przepisu – Zamawiający poniesie wyłącznie realne koszty. Tezę tą potwierdzają także głosy doktryny:

„co może mniej oczywiste – stosowanie klauzul waloryzacyjnych jest również korzystne dla zamawiających, pozwala bowiem na ponoszenie rzeczywistych kosztów wykonania zamówienia, nieobarczonych narzutem związanym z koniecznością ujęcia w cenie ryzyka ich wzrostu.” – Komentarz do art. 439 PZP red. Jaworska 2021, wyd. 2/M. Jaworska, Legalis.

Uzasadnienie projektu ustawy – „Wyraźnie wskazuje się, że przez zmianę cen materiałów lub kosztów rozumie się jej wzrost jak i jej obniżenie, co za tym idzie zastosowanie klauzuli waloryzacyjnej będzie powodowało odpowiednie zwiększenie lub zmniejszenie wynagrodzenia. Takie rozwiązanie powoduje równe rozłożenie ryzyk pomiędzy strony w zakresie kierunków możliwej waloryzacji.” (druk sejmowy nr 3624). Mając na względzie obowiązki Zamawiającego wynikające z ustawy Prawo zamówień publicznych jak i niepewną sytuację gospodarczo-polityczną w kraju i na świecie oraz równowagę ekonomiczną stron postępowania przetargowego, powyższy wniosek jest uzasadniony.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody. Postanowienia dotyczące waloryzacji zawarte są w części XII ust. 9 SWZ.

Pytanie 7:

Wykonawca wnioskuje o przyznanie Inżynierowi Kontraktu prawa do wynagrodzenia w okresie zawieszenia umowy z przyczyn nieleżących po jego stronie a co za tym idzie wykreślenie z § 13 ustępu 3 Umowy i zastąpienie go nową treścią.

Wykreślenie z § 13 ustępu 3. cyt.:

„W okresie zawieszenia realizacji Przedmiotu Umowy w całości Inżynierowi Kontraktu nie należy się wynagrodzenie za okres zawieszenia, a wypłata wynagrodzenia określonego niniejszą Umową również ulega zawieszeniu na czas trwania zawieszenia realizacji Przedmiotu Umowy”.

Sugerowane brzmienie zapisu:

„W okresie zawieszenia wykonywania Umowy z przyczyn za które Inżynier Kontraktu nie ponosi odpowiedzialności przysługuje wynagrodzenie miesięczne w wysokości% miesięcznej raty wynagrodzenia, o której mowa w § 7 ust. 2 obliczone na podstawie wartości ostatniego miesięcznego wynagrodzenia Inżyniera naliczonego przed datą zawieszenia Umowy”.

Modyfikacja zacytowanego przepisu pozytywnie wpłynie na zaburzoną w opinii Wykonawcy równowagę kontraktową oraz ukształtuje stosunek umowny w sposób niesprzeczny z treścią art. 5 Ustawy Kodeks Cywilny.

Projekt pn.: „Instalacja recyklingu organicznego poprzez fermentację bioodpadów w MKUO ProNatura Sp. z o.o. w Bydgoszczy”

Międzygminny Kompleks Unieszkodliwiania Odpadów ProNatura Sp. z o.o., ul. Ernsta Petersona 22, 85-862 Bydgoszcz, zarejestrowana w Sądzie Rejonowym w Bydgoszczy, XIII Wydział Gospodarczy KRS 0000296965, kapitał zakładowy 29.997.000,00 zł wniesiony w całości przez Miasto Bydgoszcz, NIP 953-255-97-41, REGON 340378577, nr BDO 000010322, Biuro Zarządu: tel. 52 506 59 45, biuro@pronatura.bydgoszcz.pl, ProNatura oświadcza, że jest dużym przedsiębiorcą w rozumieniu przepisów 4 pkt 6 w zw. z art. 4 pkt 5 a contrario ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych (t. jedn. Dz.U. z 2019r., poz. 118 ze zm.) w związku z art. 2 Rozporządzenia Komisji (UE) nr 651/2014 z dnia 17 czerwca 2014 r. uznające niektóre rodzaje pomocy za zgodne z rynkiem wewnętrznym w zastosowaniu art. 107 i 108 Traktatu (Dz. Urz. UE L Nr 187, str. 1) a contrario.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody.

Pytanie 8:

Wykonawca wnioskuję o dodanie do § 9 ustępu 8a w brzmieniu, cyt.:

„Inżynier Kontraktu może wypowiedzieć umowę ze skutkiem natychmiastowym w drodze oświadczenia złożonego Zamawiającemu na piśmie, w przypadku, gdy Zamawiający z przyczyn przez niego zawinionych nie zapłaci należnej Inżynierowi Kontraktu części Wynagrodzenia w terminie 30 dni od dnia wymagalności, pomimo uprzedniego zawiadomienia Zamawiającego o takim zamiarze z wyznaczeniem dodatkowego 14-dniowego terminu na zapłatę zaległej części wynagrodzenia. W przypadku wypowiedzenia umowy przez którąkolwiek ze Stron, świadczenia dotychczas spełnione nie podlegają zwrotowi. W przypadku usług, które zostały wykonane przez Inżyniera Kontraktu do dnia wypowiedzenia umowy oraz usług świadczonych przez Inżyniera Kontraktu zostaną one rozliczone przy odpowiednim zastosowaniu postanowień umowy”.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody.

Pytanie 9-15:**Pytanie 9:**

Wykonawca wnioskuję o zmiarkowanie kary umownej w §12 ust. 4 do kwoty łącznie nie więcej niż 5% (zamiast 15%) wartości wynagrodzenia, o którym mowa w § 7 ust. 1 niniejszej Umowy.

Pytanie 10:

Wykonawca wnioskuję o zmiarkowanie kary umownej w §12 ust. 5 do 10% (zamiast 20%) wartości wynagrodzenia, o którym mowa w § 7 ust. 1 niniejszej Umowy.

Pytanie 11:

Wykonawca wnioskuję o zmiarkowanie kary umownej w §12 ust. 6 do kwoty 500 zł (zamiast 5.000,00) za każde zdarzenie.

Pytanie 12:

Wykonawca wnioskuję o zmiarkowanie kary umownej w §12 ust. 7 pkt 1 do 1% (zamiast 3%) wynagrodzenia brutto.

Pytanie 13:

Wykonawca wnioskuję o zmiarkowanie kary umownej w §12 ust. 7 pkt 2 do 50 000 zł (zamiast 100 000 zł) za każde tego rodzaju zdarzenie.

Pytanie 14:

Wykonawca wnioskuję o zmiarkowanie maksymalnej łącznej wysokości kar umownych w §12 pkt 9 do 20% (zamiast 50%) wartości wynagrodzenia określonego w § 7 ust. 1 niniejszej Umowy.

Pytanie 15:

Wykonawca wnioskuję o zmiarkowanie kary umownej w §12 ust. 4 do łącznej wysokości 5% (zamiast 15%) wartości wynagrodzenia o którym mowa w § 7 ust. 1 niniejszej Umowy.

Uzasadnienie (9-15):

Wnosimy o znaczące ograniczenie limitu kar umownych [propozycja Wykonawcy: do poziomu 20% Wynagrodzenia]. Wskazujemy, że poziom ten (a nawet niższy – 10%) został wskazany na etapie konsultacji projektu nowej (obecnie obowiązującej już od paru lat) ustawy Prawo zamówień publicznych, co pokazuje intencje ustawodawcy co do kierunku w którym powinny zmierzać zmiany w kształtowaniu stosunków umownych pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą.



Dofinansowano ze środków Funduszu Modernizacyjnego

Uzasadniając proponowane zmiany, w pierwszej kolejności stwierdzić należy, iż rzeczone postępowanie jest prowadzone w oparciu o przepisy Prawa Zamówień Publicznych, warto zatem wskazać na zapisy wynikające z powołanej ustawy, które mają wpływ na bezpieczną współpracę Zamawiającego z Wykonawcą w ramach umowy. Pomimo, że limit kar umownych nie został w ustawie wskazany wprost, przyjąć należy, że maksymalna wysokość kar umownych nie powinna prowadzić do zarobkowania po stronie Zamawiającego na realizacji danego kontraktu. Najczęściej jednak maksymalna wysokość kar umownych stanowi znacznie mniejszy procent wysokości wynagrodzenia wykonawcy (niż wskazany w niniejszym wzorze umowy). Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie orzekała w przedmiocie zarzutu ustalenia przez zamawiającego takiego limitu na wygórowanym poziomie. W swoim wyroku z dnia 28 czerwca 2022 r. w sprawie KIO 1553/22 Krajowa Izba Odwoławcza przedstawiła wyraźny i jednoznaczny pogląd, że limit 50% wynagrodzenia wykonawcy, należy uznać za oczywiście nieracjonalny, z uwagi na wysokość kary umownej przewidzianej na wypadek odstąpienia od umowy z winy wykonawcy, która w przypadku kwestionowanej umowy została ustalona na zdecydowanie niższym poziomie – w tym wypadku 10 % wynagrodzenia.

Mając na uwadze powyższe, Wykonawca wnosząc o zmianę postanowień umowy we wspomnianym zakresie, wskazuje w pierwszej kolejności, na zasadniczą dysproporcję pomiędzy wysokością kary z tytułu odstąpienia przez Zamawiającego od Umowy z przyczyn, za jakie odpowiedzialność ponosi Wykonawca (w wysokości 20% Wynagrodzenia – par. 9. Ust. 2 umowy) a limitem ustanowionym na poziomie 50% wartości wynagrodzenia. W opinii Wykonawcy dysproporcja ta jest zbyt duża i w zasadzie zupełnie niepotrzebna. Powyższe nie prowadzi do lepszego zabezpieczenia interesów Zamawiającego a jedynie utrudnia kalkulacje oferty na konkurencyjnym poziomie.

Dodatkowo, w opinii wnioskodawcy, mając na uwadze wartość zamówienia jaka wyłania się z przeprowadzonej przez niego analizy dokumentów dostarczonych przez Zamawiającego, wysokość ustalonych w projekcie kar umownych ma wygórowany charakter. Wartość bezwzględna ustalonych wg. wskazanych wartości ewentualnych kar będzie zbyt wysoko do rodzaju „przewinienia” wykonawcy i tym samym zasadniczo wpłynie na metodykę ofertowania i poziom oferty jaką ten może złożyć.”

Odpowiedź 9-15:

Zamawiający nie wyraża zgody.

Zatwierdzono:

/-/ Konrad Mikołajski - Prezes Zarządu
/-/ Jarosław Bańkowski – Wiceprezes Zarządu

Projekt pn.: „Instalacja recyklingu organicznego poprzez fermentację bioodpadów w MKUO ProNatura Sp. z o.o. w Bydgoszczy”

Międzygminny Kompleks Unieszkodliwiania Odpadów ProNatura Sp. z o.o., ul. Ernsta Petersona 22, 85-862 Bydgoszcz, zarejestrowana w Sądzie Rejonowym w Bydgoszczy, XIII Wydział Gospodarczy KRS 0000296965, kapitał zakładowy 29.997.000,00 zł wniesiony w całości przez Miasto Bydgoszcz, NIP 953-255-97-41, REGON 340378577, nr BDO 000010322,
Biuro Zarządu: tel. 52 506 59 45, biuro@pronatura.bydgoszcz.pl,
ProNatura oświadcza, że jest dużym przedsiębiorcą w rozumieniu przepisów 4 pkt 6 w zw. z art. 4 pkt 5 a contrario ustawy z dnia 8 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych (t. jedn. Dz.U. z 2019r., poz. 118 ze zm.) w związku z art. 2 Rozporządzenia Komisji (UE) nr 651/2014 z dnia 17 czerwca 2014 r. uznające niektóre rodzaje pomocy za zgodne z rynkiem wewnętrznym w zastosowaniu art. 107 i 108 Traktatu (Dz. Urz. UE L Nr 187, str. 1) a contrario.