

Starostwo Powiatowe w Tarnowskich Górach



Tarnowskie Góry, dnia 07 listopada 2022r.

AZ.272.4.22.2022

Wykonawcy

dotyczy postępowania prowadzonego w trybie podstawowym bez negocjacji pn.: Sprawowanie w imieniu i na rzecz Zamawiającego nadzoru inwestorskiego dla realizacji zadania pn. „Budowa Domu Pomocy Społecznej w Tarnowskich Górach – etap I”

W związku z zapytaniem do treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ), w imieniu Zamawiającego – Powiatu Tarnogórskiego, działając na podstawie art. 284 ust. 2, 4 i 6 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022r. poz. 1710 ze zmianami) **udzielam następujących wyjaśnień:**

Pytanie 1:

„W związku z art. 434 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019 r., wnosimy o zmianę zapisów rozdziału II SWZ dotyczącego terminu realizacji zamówienia, tak aby termin ten był czasem oznaczonym.

Występujący w rozdziale II SWZ, zapis, iż termin zakończenia usługi ustala się na dzień podpisania bezusterkowego protokołu końcowego odbioru robót budowlanych będących przedmiotem nadzoru inwestorskiego – wskazuje, iż termin ten nie jest terminem oznaczonym, tak więc niezgodny jest z art. 434 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Uzasadniając wniosek o zmianę zapisów, poniżej przedstawiamy tezę z wyroku Sądu Najwyższego z dnia 13 stycznia 2016 r. V CSK 277/15

Termin wykonania umowy zawartej na podstawie zamówienia publicznego.

Zgodnie z art. 142 ust. 1 p.z.p., (obecnie art. 434 ust. 1) umowę w reżimie ustawy zawiera się na czas oznaczony (ustawowe wyjątki od tej zasady w okolicznościach sprawy nie występują). Terminem wykonania umowy zawartej na podstawie zamówienia publicznego może być zarówno data, oznaczona liczbą jednostek czasu, jak i oznaczone zdarzenie. Niemniej, dane przyszłe zdarzenie można traktować jako termin ustania stosunku prawnego tylko wówczas, gdy jest ono w ramach rozsądnych ludzkich oczekiwań oczywiście pewne. Termin oznaczony jako "zakończenie inwestycji" nie jest w powyższym rozumieniu "pewny" zarówno co do faktu, jak i chwili nadejścia. Brak podstaw do odstąpienia od tego bezwzględnie obowiązującego przepisu także wówczas, gdy w umowie strony przewidziały klauzule zabezpieczające wykonywanie usług inżyniera kontraktu przez czas niezbędny dla zakończenia przedsięwzięcia, w szczególności wobec wydłużenia terminu wykonania robót przez wykonawców. Termin wykonania umowy musi być bowiem wskazany wprost i odpowiadać SIWZ. Postanowienia SIWZ i umowy zawartej na ich podstawie nie powinny zawierać sformułowań umożliwiających zamawiającemu przesuwanie terminu realizacji umowy na niekorzyść wybranego wykonawcy i uzależniać go od czynników niezależnych od stron tego kontraktu.

Zgodnie z orzeczeniem KIO 24/14 z dnia 22 stycznia 2014 r. Zamawiający ma obowiązek uwzględnić i podać wszystkie informacje, mające wpływ na sporządzenie oferty i skalkulowanie ceny. Jeżeli nawet istnieje pewne ryzyko co do zakresu usługi w całym okresie jej realizacji, to nie może ono być w całości

Zgodnie z art. 13 ust. 1 i ust. 2 ogólnego rozporządzenia o ochronie danych (RODO) informuję, iż administratorem pani/pana danych osobowych w Starostwie Powiatowym w Tarnowskich Górach z siedzibą w Tarnowskich Górach przy ul. Kartuszwieckiej 5 jest Starosta Tarnogórski. Pozostałe informacje zostały zamieszczone na stronie internetowej Starostwa Powiatowego w Tarnowskich Górach (<http://www.tarnogorski.pl/>) w zakładce: „Ochrona Danych Osobowych”.

Starostwo Powiatowe w Tarnowskich Górach,
42-600 Tarnowskie Góry, ul. Kartuszwieckiej 5
tel. 32 381 37 11, fax. 32 381 37 27
email: kancelaria@tarnogorski.pl
www.tarnogorski.pl



NIP: 645-251-31-03 REGON: 276255170

przerzucane na wykonawcę, który powinien mieć pewność w odniesieniu do stałych elementów, pozwalających na przyjęcie założeń kalkulacyjnych ekonomiczności kontraktu za zaoferowaną cenę.

Prawo opcji jest legalnym instrumentem przewidzianym w art. 34 ust. 5 p.z.p. i zamawiający jest uprawniony, aby z niego korzystać. Prawo to może dotyczyć zarówno zwiększenia zakresu świadczenia, jak też jego ograniczenia. Prawo opcji realizuje cel, jakim jest elastyczna realizacja umowy o zamówienie publiczne, uwzględniająca dopuszczony opcjonalnie margines zmian.

Przy opisanym w Rozdziale II terminie realizacji zamówienia, Wykonawca nie ma możliwości prawidłowej wyceny oferty. Wykonawca w trakcie realizacji zamówienia ponosi koszty, które są bezpośrednio zależne od terminu zakończenia realizacji umowy, przykładowo koszty osobowe, transportu, koszty obsługi biura czy też koszty uzyskania zabezpieczenia należytego wykonania umowy, w związku z tym dla oszacowania wartości wynagrodzenia koniecznym jest wskazanie końcowego terminu realizacji usługi.

Dodatkowo Zamawiający wskazuje, iż określony w Rozdziale II bezusterkowego protokół końcowego odbioru robót budowlanych, niezgodny jest z ugruntowanym orzecznictwem sądów, w tym przykładowo:

Wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Szczecinie

I AGa 119/19, Inwestor ma obowiązek odbioru obiektu budowlanego wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej, zaś strony umowy o roboty budowlane nie mogą uzależnić wypłaty wynagrodzenia należnego wykonawcy od braku jakichkolwiek usterek. Typowa umowa o roboty budowlane określa warunki przedmiotowo istotne i umowa spełniająca je podlega przede wszystkim przepisom tego działu. Należy do nich wykonanie obiektu zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej, dopuszczającymi pewien margines odstępstw. Nie można uznać, że każde odstępstwo od stanu idealnego dawałoby prawo inwestorowi odmowy odbioru obiektu. Takie postanowienia byłyby sprzeczne z naturą zobowiązania do wybudowania obiektu budowlanego (vide art. 3531 k.c.) i wskutek tego nieważne,

Wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Krakowie I AGa 523/18

Zgłoszenie przez wykonawcę zakończenia robót obliguje inwestora do ich odbioru, a sam fakt istnienia wad i usterek nie uprawnia do odmowy odbioru obiektu wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej. Odmowa odbioru jest uzasadniona jedynie w przypadku, gdy przedmiot zamówienia został wykonany niezgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej lub wady są na tyle istotne, że obiekt nie będzie się nadawał do użytkowania.

Wobec powyższego wnosimy o wskazanie oznaczonego terminu realizacji zamówienia, tak aby zgodny był z art. 434 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11 września 2019r.”

Pytanie 2:

„Z treści propozycji umowy wynika przewidywany termin zakończenia realizacji robót budowlanych: do dnia 31.01.2025r. Jednocześnie wskazano, że końcowy, ostateczny odbiór robót budowlanych nastąpi po umożliwieniu Zamawiającemu dokonania zgłoszenia o zakończeniu budowy obiektu i przystąpieniu do jego użytkowania - czyli po zakończeniu realizacji robót budowlanych. W treści załącznika nr 4 nie podano terminu zakończenia świadczenia usługi, jednocześnie wskazując, że Zamawiający oczekuje świadczenia usług po przewidywanym terminie realizacji robót budowlanych. Nie można wymagać od Wykonawcy, aby na etapie ofertowania uwzględnił w wycenie oferty ryzyko przedłużenia terminów realizacji spowodowane przez podmioty trzecie. Nie ma możliwości, aby dokonać rzetelnej wyceny w zakresie świadczenia usługi nie znając okresu w jakim miałyby być ona zrealizowana. Tylko jasno określone ramy czasowe pozwalają właściwie obliczyć koszty oraz zysk związany z wykonaniem danego zamówienia publicznego. W związku z tym prosimy o podanie jaki termin świadczenia usług należy przewidzieć w wycenie.”

Odpowiedź na pytanie 1 i 2:

Zamawiający nie zmienia treści SWZ.

Termin realizacji usługi wyznaczony jest istotą zadania jakim jest sprawowanie nadzoru inwestorskiego nad procesem budowlanym. Działanie inspektora nadzoru ściśle wiąże się z całym procesem inwestycyjnym, usługa stanowiąca przedmiot umowy wyraża się w realizacji takiego zadania i nie sposób inaczej oznaczyć ram czasowych trwania tego zadania (usługi) jak zakończenie tego procesu w sposób sformalizowany. Nie jest to zdarzenie z założenia niepewne, bowiem w normalnym toku czynności

w kontekście formalnym, co jest także zgodne z praktyką, zasadami doświadczenia życiowego, proces budowlany każdorazowo kończy się w swej istocie odbiorem obiektu (wniosek z art. 647 k.c.).

W takich warunkach, z uwagi na *istotę usługi sprawowania nadzoru inwestorskiego*, sprowadzającej się faktycznie do *zrealizowania swego rodzaju zadania nadzoru w celu doprowadzenia inwestycji do jej zakończenia i odbioru*, oferent ma stworzone wszelkie warunki do skalkulowania wynagrodzenia, które w tym przypadku jest założone jako wynagrodzenie ryczałtowe. Zastosowanie ryczałtu charakteryzuje się niezmiennością wynagrodzenia, niezależnie od tego w jakim rzeczywistym czasie zrealizuje się zadanie w postaci sprawowania nadzoru inwestorskiego. Wynagrodzenie w przypadku tego rodzaju usługi nie stanowi więc w istocie ekwiwalentu za czas realizacji usługi. Takie ujęcie wynagrodzenia odpowiada specyfice zadania jakim jest działanie inspektora nadzoru budowlanego, którego rola jest ściśle związana z całym procesem inwestycyjnym, za co ponosi odpowiedzialność. Wynika to z treści istotnych postanowień umowy stanowiących Załącznik nr 4 do SWZ (*Wykonawca przyjmuje do wiadomości, że wynagrodzenie określone w § 4 ust. 1 wyczerpuje całokształt należności wykonawcy z tytułu wynagrodzenia za realizację umowy niezależnie od tego jak długo będzie on wykonywał swoje obowiązki umowne, tj. także po dacie oznaczonej w § 3 ust. 4 niniejszej umowy jako przewidywany termin realizacji robót budowlanych: 31.01.2025r. Za wykonywanie jakichkolwiek czynności po tej dacie nie przysługuje wykonawcy jakiegokolwiek zwrot kosztów, nakładów na poczet realizacji usługi - § 4 ust. 3*). Należy zwrócić uwagę na to, że odpowiednio ryczałt ten (jak wynika z treści istotnych postanowień umowy stanowiących załącznik nr 4 do SWZ) nie ulega odpowiedniemu zmniejszeniu, jeżeli efektywny nadzór nad realizowaną inwestycją doprowadzi do skrócenia czasu realizacji zadania inwestycyjnego poniżej prognozowanego w umowie przewidywanego terminu zakończenia robót budowlanych wskazanego w § 3 ust. 4 umowy. Dlatego też staranność działania inspektora nadzoru budowlanego pozwalająca na osiągnięcie celu w postaci zakończenia inwestycji, do czego sprowadza się sens jego pracy - relatywizuje ryczałtowo określone wynagrodzenie do starania w osiągnięciu celu umowy w założonym terminie przy uwzględnieniu niezbędnych kosztów wykonania usługi.

W tym miejscu wyjaśnia się, że kwestia znaczenia protokołu odbioru końcowego w relacji między stronami umowy o roboty budowlane w kontekście uznania tych robót za zakończone i podstaw ich rozliczenia jest odrębną kwestią w relacji Zamawiający - Inspektor nadzoru inwestorskiego. Powołane przez Państwa wyroki: Sądu Apelacyjnego w Szczecinie sygn akt: I AGa 119/19, Sądu Apelacyjnego w Krakowie sygn. akt: I AGa 523/18 dotyczą tej właśnie relacji i nie mają znaczenia dla stosunku prawnego między Inwestorem a podmiotem świadczącym usługi nadzoru inwestorskiego. W tym ostatnim bowiem przypadku w celu określenia oczekiwań Zamawiającego od Wykonawcy usługi nadzoru inwestorskiego wskazano w treści istotnych postanowień umowy stanowiących Załącznik nr 4 do SWZ, że *Zamawiający zainteresowany jest pracą inspektora nadzoru do czasu aż efekt zrealizowanej inwestycji będzie wolny od jakichkolwiek wad i usterek - czyli do podpisania bezusterkowego protokołu odbioru końcowego*. Należy także zauważyć, że Zamawiający oczekuje także od wykonawcy usługi nadzoru inwestorskiego aktywności w okresie obowiązywania gwarancji i rękojmi na zrealizowane w ramach inwestycji roboty budowlane - czyli także po podpisaniu protokołu odbioru końcowego robót budowlanych stanowiących przedmiot inwestycji.

Termin składania i otwarcia ofert oraz okres związania ofertą pozostają bez zmian.

dokument został podpisany
z upoważnienia Zarządu Powiatu przez:
Barbara Machura
Sekretarz Powiatu