



Niniejszym informuję, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na Przebudowę drogi powiatowej nr 1254F Nowe Biskupice - Rzepin oraz wykonanie ścieżki rowerowej w ramach realizacji projektu pn.: „Pogłębienie współpracy administracji partnerskich powiatów poprzez inwestycje w transgraniczną sieć dróg” od jednego z wykonawców wpłynęło następujące zapytania:

1. Dotyczy § 1 ust. 2 i 3 projektu umowy: proszę wyjaśnić, jaki charakter mają przedmiary robót, w szczególności czy są częścią opisu przedmiotu zamówienia czy też mają jedynie „charakter pomocniczy” i do opisu przedmiotu zamówienia niczego nie wnoszą.
Z § 1 ust. 2 wynika, że są częścią opisu przedmiotu zamówienia – za m.in. ich pomocą został określony „szczegółowy zakres umowy”. Z § 1 ust. 3 wynika natomiast, że przedmiary „mają charakter pomocniczy”, a ilości podane w przedmiarach Wykonawca powinien zweryfikować, bo „Ewentualny brak w przedmiarze robót lub we wzorze tabeli elementów rozliczeniowych robót koniecznych do wykonania wynikających z dokumentacji projektowej nie zwalnia wykonawcy od obowiązku ich wykonania na podstawie projektu w cenie umownej”. Dodać należy, że § 2 ust. 1 pkt 7 lit. a nie wymienia przedmiaru/przedmiarów robót jako dokumentów, według których Wykonawca ma zrealizować roboty.
2. Dotyczy § 3 ust. 1 i 2 projektu umowy: czy wymogi dotyczące ubezpieczenia Zamawiający uzna za spełnione, gdy Wykonawca przedłoży tzw. polisę obrotową, dotyczącą całości działalności Wykonawcy (a nie tylko zamówienia publicznego udzielonego przez Zamawiającego)? Czy Zamawiający wymaga tzw. polisy dedykowanej, tj. ubezpieczenia odnoszącego się wyłącznie do zamówienia publicznego udzielonego przez Zamawiającego?
3. Dotyczy § 5 ust. 1 oraz ust. 14 pkt 1 projektu umowy: proszę wyjaśnić, czy wynagrodzenie Wykonawcy jest ryczałtowe czy „obmiarowe”, tj. ustalone na podstawie ilości wykonanych robót. Wątpliwości w tym zakresie wynikają ze sprzeczności między m.in. § 5 ust. 1 projektu umowy, który nazywa wynagrodzenie Wykonawcy „ryczałtowym”, a § 5 ust. 14 pkt 1 projektu umowy, który mówi o rozliczeniu m.in. robót zaniechanych (gdyby wynagrodzenie było ryczałtowe, wystąpienie robót zaniechanych pozostałoby bez wpływu na wysokość wynagrodzenia).
4. Dotyczy § 5 ust. 3 i § 9 ust. 11 pkt 1 projektu umowy: proszę wskazać podstawę prawną dla (i) uzależnienia przez Zamawiającego zapłaty wynagrodzenia Wykonawcy od wykonania robót „bez żadnych wad i usterek” oraz (ii) uprawnienia Zamawiającego do odmowy dokonania odbioru w razie stwierdzenia wad nadających się do usunięcia.
W myśl ustawy i orzecznictwa dokonanie odbioru i zapłata wynagrodzenia są podstawowymi obowiązkami inwestora (zamawiającego), od których nie można się uchylać nawet w przypadku stwierdzenia wad przedmiotu umowy (por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 27 października 2017 roku ws. I ACa 321/17, wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 06 września 2016 roku ws. V ACa 935/15, wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 31 sierpnia 2016 roku ws. I ACa 282/16, wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 24 maja 2016 roku ws. I ACa 1094/15, wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 28 stycznia 2016 roku ws. I ACa 253/15, wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 28 stycznia 2014 roku ws. I ACa 1447/13, wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 18 października 2012 roku ws. I ACa 1046/12, wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 24 lutego 2012



roku ws. V ACa 198/12, wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 13 kwietnia 2011 roku ws. VI ACa 1200/10, wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z 17 grudnia 2009 roku ws. I ACa 874/09, a także wyrok Sądu Najwyższego z 22 czerwca 2007 roku ws. V CSK 99/07). Dodać wypada, że z § 8 ust. 4 pkt 1 projektu umowy wynika, że Zamawiający jest świadomy, że nie każda wada, a tylko wada istotna jest przeszkodą w dokonaniu odbioru (a zatem w zapłacie wynagrodzenia Wykonawcy).

Wobec powyższego Wykonawca wnosi o:

- usunięcie słów „(bez żadnych wad i usterek)” z § 5 ust. 3 projektu umowy,
 - nadanie § 9 ust. 11 pkt 1 projektu umowy brzmienia „jeżeli wady nadają się do usunięcia, Inwestor dokona odbioru przedmiotu zamówienia wyznaczając termin usunięcia wad pod rygorem zapłaty kary umownej za każdy dzień zwłoki w usunięciu usterki wysokości 2 000,00 zł”.
5. Dotyczy § 5 ust. 4 i 5 projektu umowy: przyjęte w przedmiotowych przepisach rozwiązanie, a w szczególności fragment § 5 ust. 5 projektu umowy brzmiący „W przypadku wystawienia przez Wykonawcę faktury/faktur powyżej kwot bądź przed terminami, o których mowa w pkt 1 i 2. Inwestor zwróci Wykonawcy fakturę/faktury nie pozostając w zwłoce ich płatności”, są sprzeczne z art. 106i ust. 3 pkt 1 ustawy z 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług, w myśl którego fakturę VAT za „usługi budowlane lub budowlano-montażowe” wystawia się „nie później niż 30. dnia od dnia wykonania usług”. Ustawa nie przewiduje też ograniczania wysokości faktury VAT w stosunku do wartości wykonanej usługi ani fakturowania tylko części wykonanej usługi. W związku z powyższą sprzecznością Wykonawca wnosi o zmianę § 5 ust. 4 i 5 projektu umowy na zgodne z ww. ustawą.
 6. Dotyczy § 5 ust. 6 i 7 projektu umowy: czy dowodem zapłaty dla podwykonawcy może być – zamiast oświadczenia podwykonawcy opisanego w § 5 ust. 7 projektu umowy – potwierdzenie zapłaty dla podwykonawcy? Jak ma postąpić Wykonawca, gdy – pomimo dokonania przez Wykonawcę zapłaty na rzecz podwykonawcy – podwykonawca nie złożył oświadczenia opisanego w § 5 ust. 7 projektu umowy? Jak ma postąpić Wykonawca, gdy naliczył podwykonawcy karę umowną i potrącił ją z wynagrodzeniem podwykonawcy?
 7. Dotyczy § 5 ust. 14 pkt 2 oraz ust. 15-16 projektu umowy: z przedmiotowych przepisów wydaje się wynikać, że Zamawiający uważa się za uprawnionego do narzucenia Wykonawcy maksymalnego wynagrodzenia za roboty, które nie są objęte ofertą ani umową i mają zostać dodatkowo zlecone Wykonawcy (w szczególności mają być przedmiotem aneksu do umowy). Co w przypadku, w którym Wykonawca nie wyrazi woli ani zainteresowania wykonaniem ww. robót (z uwagi na ich niekorzystną wycenę albo z innej przyczyny)?
 8. Dotyczy § 6 ust. 2 pkt 4 projektu umowy: jak należy rozumieć wymóg, aby wynagrodzenie podwykonawców realizujących roboty budowlane ustalać „w kwocie brutto, uwzględniającej wszystkie podatki i opłaty, w tym podatek VAT”? W obecnym stanie prawnym podwykonawcy realizujący roboty budowlane wystawiają faktury VAT z tzw. odwrotnym obciążeniem ww. podatkiem, a zatem na kwotę netto (bez ww. podatku); wartość wynagrodzenia takich podwykonawców jest w umowach podawana w kwocie netto, tj. bez ww. podatku. Zastąpienie powyższego rozwiązania przez tzw. mechanizm podzielonej płatności (*split payment*), co ma nastąpić od 01 września br., jest nadal jedynie planem rządu, a nie obowiązującym prawem.
 9. Dotyczy § 7 ust. 1 pkt 1-3 projektu umowy: w przedmiotowych przepisach mowa o karach „za opóźnienie lub zwłokę” – tymczasem są to pojęcia o różnym znaczeniu. Zwłoka jest kwalifikowana formą opóźnienia, tj. jest zawinionym opóźnieniem. O



ile sankcja oparta na zwłoce jest zrozumiała, o tyle kara za opóźnienie, a zatem przekroczenie terminu, które wynika z przyczyn będących poza kontrolą Wykonawcy, jest *de facto* wprowadzaniem odpowiedzialności bardziej na zasadzie ryzyka niż winy. Trudno też nie zauważyć, że o ile od odpowiedzialności za zwłokę można się uwolnić – wskazując na brak winy w powstaniu opóźnienia (art. 476 zd. drugie kc), o tyle staje się to bezcelowe przy konstrukcji przepisów jak w § 7 ust. 1 pkt 1-3 projektu umowy, tj. gdy Wykonawca ponosi odpowiedzialność niezależnie od swojej winy.

Wobec powyższego Wykonawca wnosi o usunięcie z § 7 ust. 1 pkt 1-3 projektu umowy słów „opóźnienie lub”.

10. Dotyczy § 10 ust. 2 projektu umowy: proszę uzupełnić § 10 ust. 2 projektu umowy o termin na wykonanie przez Wykonawcę uprawnienia przewidzianego przedmiotowym przepisem; brak określenia terminu oznacza, że przepis pozostanie martwy.
11. Dotyczy § 10 ust. 3 projektu umowy: proszę uzupełnić § 10 ust. 3 projektu umowy o termin na wykonanie przez Zamawiającego albo Wykonawcę uprawnienia przewidzianego przedmiotowym przepisem; brak określenia terminu oznacza, że przepis pozostanie martwy.

Na podstawie art. 38 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity - Dz. U. z 2018 r., poz. 1896 z późn. zm.) zamawiający odpowiada poniżej na ww. zapytanie:

Odpowiedź na 1 pytanie

Zamawiający informuje, że rodzaj robót oraz ich pełny zakres został określony w dokumentacji stanowiącej załączniki Nr 7, 8 i 9 do SIWZ (zwanej także dalej dokumentacją projektową), tj. za pomocą projektu wykonawczego, przedmiaru robót oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót.

Przedmiary robót załączone do SIWZ mają wyłącznie charakter pomocniczy i nie mogą stanowić jedynej podstawy wyceny oferty. Wykonawca zobowiązany jest do dokładnego sprawdzenia ilości robót z dokumentacją projektową. Z uwagi na to, że umowa na roboty będzie umową ryczałtową w przypadku wystąpienia w trakcie prowadzenia robót większej ilości obmiarowej określonych robót ujętych w projekcie w jakiegokolwiek pozycji przedmiarowej nie będzie mogło być to uznane za roboty dodatkowe z żądaniem dodatkowego wynagrodzenia. Ewentualny brak w przedmiarze robót koniecznych do wykonania wynikających z dokumentacji projektowej nie zwalnia Wykonawcy od obowiązku ich wykonania na podstawie projektu w cenie umownej. W związku z powyższym wykonawca nie może powoływać się na jakiegokolwiek braki w przedmiarze i w oparciu o nie żądać zwiększenia wynagrodzenia. W przypadku dostrzeżenia rozbieżności pomiędzy poszczególnymi elementami dokumentacji projektowej wykonawca zobowiązany jest do wystąpienia do zamawiającego o ich wyjaśnienie przed złożeniem oferty, ponieważ w ramach wynagrodzenia podanego w ofercie wykonawca zobowiązany jest do wykonania wszystkich niezbędnych robót przewidzianych w dokumentacji projektowej. Wykonawca, dla obliczenia ceny i we własnym zakresie ma prawo skorygować w przedmiarze ilości robót do wielkości według własnych obliczeń na podstawie projektu wykonawczego oraz specyfikacji technicznej wykonania i odbioru robót



Odpowiedź na 2 pytanie

Zamawiający (zgodnie z § 3 ust. 1 projektu umowy) wymaga od Wykonawcy posiadania przez cały okres realizacji inwestycji opłaconej polisy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z realizacją przedmiotu umowy na sumę ubezpieczeniową, stanowiącą co najmniej równowartość wynagrodzenia, o którym mowa w § 5 ust. 1 projektu umowy. W związku z powyższym informuję, że Zamawiający uzna za spełnione, gdy Wykonawca przedłoży tzw. opłaconą polisę obrotową, dotyczącą całości działalności Wykonawcy (Zamawiający nie wymaga tzw. polisy dedykowanej) związanej z realizacją przedmiotu umowy na sumę ubezpieczeniową, stanowiącą co najmniej równowartość wynagrodzenia, o którym mowa w § 5 ust. 1 projektu umowy

Odpowiedź na 3 pytanie

Zamawiający informuje, że wynagrodzenie za realizację przedmiotu zamówienia jest wynagrodzeniem ryczałtowym (umowa na roboty jest umową ryczałtową).

W § 5 ust. 14 pkt 1 projektu umowy wskazano, że Kosztorys ofertowy wskazujący sposób kalkulacji wynagrodzenia ryczałtowego z wyszczególnieniem zastosowanych w kosztorysie ofertowym składników cenotwórczych (stawka r-g w zł; Kp - koszty pośrednie w% od R i S; Kz - koszty zakupu w % od M; Z- zysk w % od R, S, Kp) stanowi integralną część umowy i będzie podstawą do określenia stawek do rozliczeń:

- 1) robót zaniechanych lub niewykonanych, w tym w przypadku odstąpienia od umowy;
- 2) robót zleconych aneksem na podstawie art. 144 ust 1 pkt 1), 3) lub 6) ustawy Prawo zamówień publicznych.

W umowie o roboty budowlane, strony mogą określić wysokość wynagrodzenia za wykonane roboty, jako wynagrodzenie ryczałtowe, jak również zastrzec możliwość jego modyfikacji w zależności od konieczności wykonania robót dodatkowych lub zmniejszenia zakresu robót podstawowych. Zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem Sądu Najwyższego, w przypadku niewykonania przez przyjmującego zlecenie wszystkich robót, za które w umowie określone zostało wynagrodzenie ryczałtowe, podlega ono proporcjonalnemu obniżeniu, stosownie do zakresu niewykonanej części, co nie przekreśla ryczałtowego charakteru tego wynagrodzenia (wyrok z 2 stycznia 1985 r., sygn. akt II CR 494/84). Możliwość obniżenia wynagrodzenia ryczałtowego wystąpi również w przypadku odstąpienia przez wykonawcę (lub Zamawiającego) od umowy w części lub jej rozwiązania z jakichkolwiek powodów przed zakończeniem całości robót (wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 11 września 2015 r., sygn. akt I ACa 696/14).

Odpowiedź na 4 pytanie

Zamawiający dokonał modyfikacji zapisu § 5 ust. 3 i § 9 ust. 11 pkt 1 projektu umowy w ten sposób że:

- 1) § 5 ust. 3 otrzymuje brzmienie: *„Zapłata wynagrodzenia określonego w ust. 1 (z zastrzeżeniem płatności zgodnie z harmonogramem, określonym w ust. 5) nastąpi na podstawie faktury wystawionej przez Wykonawcę, po podpisaniu protokołu odbioru końcowego robót potwierdzającego, że roboty zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone, przelewem na konto wskazane przez Wykonawcę w terminie 30 dni od daty otrzymania faktury przez Inwestora, przy czym za dzień zapłaty uważa się dzień wydania bankowi przez Inwestora polecenia dokonania przelewu.*



- 2) § 9 ust. 11 pkt 1 otrzymuje brzmienie: *jeżeli wady nadają się do usunięcia, Inwestor dokona odbioru przedmiotu zamówienia wyznaczając termin usunięcia tych wad pod rygorem zapłaty kary umownej za każdy dzień zwłoki w usunięciu wady w wysokości 2 000,00 zł.*

Odpowiedź na 5 pytanie

Zamawiający informuje, że zgodnie z § 5 ust. 4 i 5 projektu umowy wskazuje na wysokość posiadanych i zabezpieczonych środków finansowych na realizację przedmiotu zamówienia – co decyduje o tym w jaki sposób i w jakich terminach zamówienie będzie realizowane.

Nie mniej Zamawiający dokonuje modyfikacji zapisu § 5 ust. 5 projektu umowy w ten sposób, że otrzymuje on brzmienie:

Harmonogram płatności wynagrodzenia - zapłata wynagrodzenia, o którym mowa w ust. 1, nastąpi w następujących terminach:

- 1) *do 31 grudnia 2019 r. – do maksymalnej kwoty wynoszącej 6 800 000 zł brutto,*
- 2) *w 2020 roku – pozostałe wynagrodzenie stanowiące różnicę pomiędzy wynagrodzeniem określonym w ust. 1 a dotychczas wypłaconym wynagrodzeniem na podstawie faktury częściowej, o której mowa w ust. 4 pkt 1.*

Inwestor zastrzega sobie możliwość wcześniejszego rozliczenia wynagrodzenia Wykonawcy (np. zapłaty całego należnego Wykonawcy wynagrodzenia w 2019 r.) w przypadku znalezienia dodatkowych środków finansowych.

Odpowiedź na 6 pytanie

Zamawiający nie wyraża zgody na zastąpienie oświadczenia podwykonawcy opisanego w § 5 ust. 7 pkt 2 projektu umowy dokumentem stanowiącym potwierdzenie zapłaty dla podwykonawcy.

Zobowiązania oraz warunki współpracy Wykonawcy i Podwykonawcy (poza określonymi przez Zamawiającego wymagania dla umów z podwykonawcami lub dalszymi podwykonawcami) należą do kompetencji Wykonawcy i Podwykonawcy - nie mniej Wykonawca może zobowiązać podwykonawcę do składania oświadczeń o dokonaniu zapłaty wynagrodzenia bądź braku zapłaty - jeśli taka sytuacja będzie miała miejsce, pod rygorem określonych sankcji zawartych w umowie).

W przypadku gdy Wykonawca naliczy podwykonawcy karę umowną i potrąci ją z wynagrodzenia podwykonawcy Wykonawca przedstawia niezwłocznie Inwestorowi stosowne oświadczenia o potrąceniu własnej wierzytelności z tytułu kar umownych z wierzytelnością podwykonawcy z tytułu wynagrodzenia za roboty budowlane - generalny wykonawca powinien starannie ewidencjonować dowody ich należności oraz upewnić się, że zarzuty wobec podwykonawcy są wprost formułowane w oficjalnej korespondencji.

Odpowiedź na 7 pytanie

Zamawiający informuje, że możliwość dokonania zmian umowy stanowi uprawnienie Zamawiającego, a nie jego obowiązek – przy czym wszelkie zmiany umowy wymagają obopólnej zgody stron umowy.

Odpowiedź na 8 pytanie

Zamawiający dokonał modyfikacji zapisu § 6 ust. 2 pkt 4 projektu umowy w ten sposób że otrzymuje on brzmienie: *wskazanie wynagrodzenia podwykonawcy*



Odpowiedź na 9 pytanie

Zamawiający dokonał modyfikacji zapisu § 7 ust. 1 pkt 1-3 projektu umowy w ten sposób że:

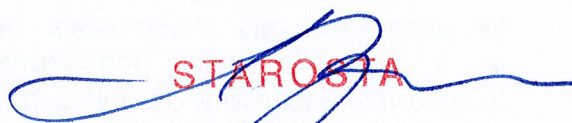
- 1) § 7 ust. 1 pkt 1 otrzymuje brzmienie: *za zwłokę w wykonaniu określonego w umowie przedmiotu umowy w wysokości 0,5 % kwoty netto wynagrodzenia ustalonego w § 5 ust. 1 umowy za każdy dzień zwłoki.*
- 2) § 7 ust. 1 pkt 2 otrzymuje brzmienie: *za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie gwarancji bądź rękojmi (za wady) w wysokości 0,2 % kwoty netto wynagrodzenia ustalonego w § 5 ust. 1 umowy za każdy dzień zwłoki, licząc od dnia wyznaczonego na usunięcie wad,*
- 3) § 7 ust. 1 pkt 3 otrzymuje brzmienie: *za zwłokę w usunięciu wad stwierdzonych przy odbiorze lub w okresie gwarancji bądź rękojmi (za wady) w wysokości 0,1 % kwoty netto wynagrodzenia ustalonego w § 5 ust. 1 umowy za każdy dzień zwłoki, licząc od dnia wyznaczonego na usunięcie wad,*

Odpowiedź na 10 pytanie

Zamawiający dokonał modyfikacji zapisu § 10 ust. 2 projektu umowy w ten sposób że otrzymuje brzmienie: **Wykonawcy** przysługuje prawo odstąpienia od umowy w przypadku niemożności wykonania Przedmiotu Umowy z przyczyn leżących po stronie **Inwestora** - w terminie 30 dni od powzięcia wiadomości o zaistnieniu tych okoliczności.

Odpowiedź na 11 pytanie

Zamawiający dokonał modyfikacji zapisu § 10 ust. 3 projektu umowy w ten sposób że otrzymuje brzmienie: *Każda ze Stron ma możliwość odstąpienia od umowy ze skutkiem natychmiastowym w wypadku zaistnienia przeszkód wynikających z siły wyższej uniemożliwiających realizację umowy w terminie 30 dni od powzięcia wiadomości o tych okolicznościach. Przez siłę wyższą należy rozumieć zdarzenie nadzwyczajne, zewnętrzne, niemożliwe do przewidzenia i przeciwdziałania, którego wystąpienie jest niezależne od Stron, a które uniemożliwia wykonanie zobowiązań wynikających z Umowy.*


STAROSTA
Leszek Bajon