



Znak sprawy: 24/PN/2019

Warszawa, dnia 17.05.2019 r.

**Wykonawcy uczestniczący w  
postępowaniu nr 24/PN/2019**

dot. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „**Całoroczna pielęgnacja zieleni niskiej, utrzymanie czystości oraz konserwacja małej architektury na terenach zieleni położonych wzdłuż dróg krajowych, wojewódzkich i powiatowych na terenie m.st. Warszawy w latach 2019-2021**”.

**Wyjaśnienia i zmiany treści SIWZ**

Działając w imieniu Zamawiającego na podstawie art. 38 ust. 2 ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2018 r. poz. 1986), zwanej dalej ustawą Pzp, niniejszym przekazuję treść pytań wraz z wyjaśnieniami:

**Prośbą o wyjaśnienie i modyfikację postanowień SIWZ – załącznik w postaci projektu umowy w następującym zakresie:**

Par. 1 ust. 8 o treści:

Szacunkowa ilość poszczególnych prac pielęgnacyjnych wymienionych w załączniku nr 1 do umowy może ulec zmianie z zastrzeżeniem, iż dokonane zmiany nie spowodują zwiększenia wartości brutto umowy określonej w § 6 ust. 1. Nie wszystkie prace pielęgnacyjne muszą być zlecone lub zlecone w pełnym zakresie ilościowym.

Par. 3 ust. 3

Zamawiający zastrzega sobie prawo, bez konieczności zmiany niniejszej umowy, na co Wykonawca wyraża zgodę, do zmniejszenia powierzchni prac pielęgnacyjnych i usług geodezyjnych wynikających z potrzeb bieżących (np. remonty, przebudowy ulic, awarie oraz inne wyłączenia). O powyższych zmianach Zamawiający powiadomi Wykonawcę na piśmie.

Par. 6 ust. 6

Miesięczne wynagrodzenie ryczałtowe ulegnie proporcjonalnemu zmniejszeniu w przypadku zmniejszenia powierzchni terenu lub wyłączenia części lub całości terenu w czasie remontów, przebudowy, modernizacji

Wykonawca zwraca się z zapytaniem o wyjaśnienie i podanie ilości usług które zostaną na pewno zlecone w ramach zawartej umowy i wykreślenie zapisów umożliwiających w sposób



Zarząd Zieleni m.st. Warszawy

ul. Hoża 13A, 00-528 Warszawa

tel. +48 22 277 42 00; mail: kontakt@zzw.waw.pl; www.zzw.waw.pl

---

nieograniczony zmniejszanie ilości zleczanych Wykonawcy w trakcie obowiązywania umowy prac. Zgodnie z aktualnym orzecznictwem KIO Wykonawca nie może ponosić ryzyka gospodarczego w zakresie nieograniczonym.

Zgodnie z publikacją wydaną przez Urząd Zamówień Publicznych [Umowy o zamówienie publiczne – w zarysie, 2018 r., str. 151]: Zamówione świadczenie jest spełnione prawidłowo dopiero wtedy, gdy z jednej strony dłużnik – wykonawca zachował się zgodnie z treścią zobowiązania, a z drugiej – doszło do pełnego zaspokojenia interesów zamawiającego – wierzyciela. Aby tak się stało zobowiązanie musi być wykonane w całości in natura, tak jak się umówiono, stosownie do jego przeznaczenia. Wszelkie odstępstwa, a także zmiany umowy kolidują zatem bezpośrednio z tą zasadą. Dlatego ustawa przewiduje je tylko w przypadkach wyjątkowych. Tym bardziej niedopuszczalne jest porzucenie zamówienia lub zwyczajne powstrzymanie się z jego realizacją, z nadzieją na zastępcze uwolnienie się od zobowiązania poprzez zapłatę kary umownej, czy zadośćuczynienie w postaci odszkodowania.

Podkreślenia wymaga, że co do zasady, w granicach zasady swobody kształtowania umów (art. 3531 Kodeksu cywilnego), do umowy można wprowadzić zapis dotyczący możliwości zwiększenia ilości niektórych pozycji asortymentowych, przy równoczesnym zmniejszeniu ilości innych pozycji asortymentowych – jednak zmiany te powinny mieścić się w granicach wyrażonych przez Zamawiającego, np. procentowo i nie mogą doprowadzić do zwiększenia lub zmniejszenia wartości zawartej umowy – analogicznie wypowiedziała się Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 10.11.2015 r. (KIO 2311/15) w stosunku do prawa opcji: Izba nie podziela stanowiska zamawiającego o możliwości rozszerzenia jak również zawężenia ilości zamawianych reduktorów w poszczególnych częściach zamówienia. Przyjmując teoretycznie za akceptowalne stanowisko o możliwości na podstawie art.34 ust.5 ustawy Pzp. zmiany ilości zamawianych przedmiotów tożsamy do zamówienia podstawowego to treść tego przepisu mówi o „największym możliwym zakresie tego zamówienia z uwzględnieniem prawa opcji przy ustaleniu wartości zamówienia” i nie przewiduje możliwości zmniejszenia wartości zamówienia wskutek stosowania prawa opcji. Natomiast w ocenie Izby przyjęta formuła w Ogłoszeniu o zamówieniu jak również Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia o prawie zamawiającego zwiększenia w granicach 20 % oraz jednoczesnej możliwości zmniejszenia zamówienia w granicach 30 % stanowi także niedopuszczalne obejście obowiązku zamawiającego opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący wskazujący na okoliczności mogące mieć wpływ na przygotowanie oferty, które to przygotowanie polega na zaoferowaniu zamawiającemu stosownej ceny. (...) Zrozumiałym dla Izby jest zaskarżenie tego rodzaju postanowień pod nazwą „prawo opcji”, ponieważ postępowanie ma charakter konkurencyjny to jest przetargu nieograniczonego i wybierana jest najkorzystniejsza oferta w oparciu o dominującą w kryteriach cenę ( 95 procent znaczenia – cytowane kryteria oceny ofert powyżej w ustaleniach). Nawet gdyby przyjąć , że zmiany ilościowe są prawem opcji to brak



uzasadnienia logicznego realizowania dodatkowych zamówień za tę samą cenę. Gdyby prawo dopuszczało prawo opcji na zasadzie zwiększania czy też zmniejszania wolumenu zamówień to zamawiający powinien dopuścić wycenę odrębną dla poszczególnych części zamówienia. Można tylko na marginesie wskazać, że zmniejszenie ilości zamówień powinno skutkować podwyższeniem ceny a zwiększenie zamówień powinno skutkować obniżeniem ceny (artykuł Monitor zamówień publicznych kwiecień nr 04/128/2015 Prawo opcji Pani Katarzyna Bełdowska str. 27). Niedopuszczalność prawa opcji w wersji wynikającej z zaskarżonej SIWZ wynika także z bezspornych ustalonych okoliczności, że reduktory wyprodukowane na zamówienie zamawiającego a nie odebrane w ramach proponowanego prawa opcji nie mogą podlegać odsprzedaży na rzecz innych odbiorców. Jak na rozprawie odwołujący podniósł niewielkie ilości zakupywali drobni przedsiębiorcy ale na skutek wprowadzonego zakazu przez zamawiającego mogą zaopatrywać się tylko u zamawiającego. W ocenie Izby nie jest to nieuprawnione stanowisko zamawiającego ze względów bezpieczeństwa obrotu urządzeniami do gazownictwa słuszne jest utrzymanie nadzoru zamawiającego ale w niniejszej sprawie jest to dowód na to, że nadprodukcji wykonawca nie odsprzeda w sytuacji skorzystania przez zamawiającego z prawa opcji to jest zmniejszenia dostaw.

Biorąc powyższe pod uwagę niezbędne jest określenie przez Zamawiającego minimalnej ilości usług jaka zostanie zlecona Wykonawcy.

Zamawiający nie uwzględnia wniosku Wykonawcy o modyfikację § 1 ust. 8, § 3 ust. 3 i § 6 ust. 6 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 9 do SIWZ w powyższym zakresie.

Par. 1 ust. 9:

Zamawiający zastrzega, że w czasie trwania umowy nastąpi weryfikacja powierzchni podanych w załączniku nr 2, związana ze zmianą użytkowania pasów drogowych oraz wykonanymi pomiarami geodezyjnymi. Zmiana powierzchni będzie podstawą do korekty zrealizowanych płatności za faktycznie wykonane prace na zasadach określonych w § 6 ust. 10 umowy.

Wykonawca wnosi o wykreślenie zapisów z których wynika że wynagrodzenie Wykonawcy w ramach wykonanych pomiarów geodezyjnych ulegnie zmniejszeniu. Z pkt widzenia Wykonawcy biorąc pod uwagę fakt, iż prace zostały wykonane brak będzie podstaw do wystawienia korekty faktury VAT. Ewentualne pomyłki w tym zakresie, czy zmiany powierzchni na mniejsze ustalone w ramach pomiarów geodezyjnych mogą być wprowadzone przez Zamawiającego dopiero w kolejnych postępowaniach jako korekta opisu przedmiotu zamówienia.



Należy przytoczyć Zamawiającemu, iż obowiązkiem Zamawiającego jest opracowanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób staranny i należyty, o czym stanowi art. 29 ust. 1 ustawy z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych:

„Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty”.

Zamawiający nie uwzględnia wniosku Wykonawcy o modyfikację § 6 ust. 10 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 9 do SIWZ w powyższym zakresie.

Par. 3 ust. 4

Odbiór prac pielęgnacyjnych za dany miesiąc będzie się odbywał do 5 dnia następnego miesiąca. Wykonawca przedstawi rzeczywisty obmiar wykonanych prac, który po weryfikacji i zatwierdzeniu będzie stanowić załącznik do protokołu odbioru, podpisanego przez obie Strony, z zastrzeżeniem § 6 ust. 10. Strony ustalają, że odbiór będzie odbywał się w dni robocze z wyłączeniem sobót i dni ustawowo wolnych od pracy. Zamawiający zastrzega sobie prawo do jednostronnego sporządzenia i podpisania protokołu odbioru w przypadku, gdy Wykonawca nie będzie uczestniczył w odbiorze lub gdy Wykonawca odmówi podpisania protokołu. W przypadku prac wykonanych nieprawidłowo, sporządzony protokół odbioru będzie podstawą do obniżenia wynagrodzenia i naliczenia kar umownych.

Wykonawca wnosi o modyfikację w/w postanowienia i nadanie mu brzmienia:

Odbiór prac pielęgnacyjnych za dany miesiąc będzie się odbywał do 5 dnia następnego miesiąca. Wykonawca przedstawi rzeczywisty obmiar wykonanych prac, który po weryfikacji i zatwierdzeniu będzie stanowić załącznik do protokołu odbioru, podpisanego przez obie Strony, z zastrzeżeniem § 6 ust. 10. Strony ustalają, że odbiór będzie odbywał się w dni robocze z wyłączeniem sobót i dni ustawowo wolnych od pracy. Zamawiający zastrzega sobie prawo do jednostronnego sporządzenia i podpisania protokołu odbioru w przypadku, gdy Wykonawca skutecznie powiadomiony o terminie odbioru nie będzie uczestniczył w odbiorze lub gdy Wykonawca bezzasadnie odmówi podpisania protokołu. W przypadku prac wykonanych nieprawidłowo, sporządzony protokół odbioru będzie podstawą do obniżenia wynagrodzenia i naliczenia kar umownych.

Zamawiający zmienia treść SIWZ w zakresie § 3 ust. 4 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 9 do SIWZ. Nowa treść wzoru umowy w załączeniu.



Par. 3 ust. 6

Zamawiający ma prawo do dokonywania kontroli prac pielęgnacyjnych w trakcie wykonywania zobowiązań określonych umową przez Wykonawcę, w tym m.in.: kontroli jakości i terminowości wykonania prac pielęgnacyjnych. Z przeprowadzonych kontroli sporządzane będą protokoły kontroli.

Wykonawca wnosi o modyfikację w/w postanowienia i nadanie mu brzmienia:

Zamawiający ma prawo do dokonywania kontroli prac pielęgnacyjnych w trakcie wykonywania zobowiązań określonych umową przez Wykonawcę, w tym m.in.: kontroli jakości i terminowości wykonania prac pielęgnacyjnych. Z przeprowadzonych kontroli sporządzane będą protokoły kontroli przy udziale przedstawiciela Wykonawcy..

Zamawiający zmienia treść SIWZ w zakresie § 3 ust. 6 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 9 do SIWZ. Nowa treść wzoru umowy w załączeniu.

Par. 3 ust. 8

W przypadku niestawienia się przedstawiciela Wykonawcy do udziału w kontroli w ciągu jednej godziny od wezwania lub odmowy podpisania protokołu, sporządzony zostanie protokół jednostronny, do którego zostaną załączone dowody (np. zdjęcia, filmy) potwierdzające stwierdzone nieprawidłowości.

Wykonawca wnosi o modyfikację w/w postanowienia i nadanie mu brzmienia:

W przypadku niestawienia się przedstawiciela Wykonawcy do udziału w kontroli w ciągu dwóch godzin od wezwania lub bezzasadnej odmowy podpisania protokołu, sporządzony zostanie protokół jednostronny, do którego zostaną załączone dowody (np. zdjęcia, filmy) potwierdzające stwierdzone nieprawidłowości.

Zamawiający nie uwzględnia wniosku Wykonawcy o modyfikację § 3 ust. 8 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 9 do SIWZ w powyższym zakresie.

Par. 3 ust. 10

Sporządzone protokoły kontroli i rekontroli będą podstawą do obniżenia wynagrodzenia i naliczenia kar umownych.

Wykonawca wnosi o modyfikację w/w postanowienia i nadanie mu brzmienia:

Sporządzone protokoły kontroli i rekontroli będą podstawą do obniżenia wynagrodzenia i naliczenia kar umownych.





Zarząd Zieleni m.st. Warszawy  
ul. Hoża 13A, 00-528 Warszawa

tel. +48 22 277 42 00; mail: kontakt@zzw.waw.pl; www.zzw.waw.pl

---

Wykonawca wskazuje, iż modyfikacja w/w zapisów jest niezbędna z uwagi na fakt, iż Zamawiający nie wskazał żadnych wytycznych i zasad w jaki sposób następować będzie obniżenie wynagrodzenia Wykonawcy. Bez jasnego określenia zasad obniżenia wynagrodzenia Wykonawca nie może niejako ad hoc zgodzić się na objęcie go takimi postanowieniami.

Zamawiający zmienia treść SIWZ w zakresie § 3 ust. 10 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 9 do SIWZ. Nowa treść wzoru umowy w załączeniu.

Par. 3 ust. 19

Odbiór usług geodezyjnych zostanie potwierdzony pisemnym protokołem odbioru, podpisanym przez obie Strony. Strony ustalają, że odbiór odbędzie się w dniu roboczym z wyłączeniem sobót i dni ustawowo wolnych od pracy. Zamawiający zastrzega sobie prawo do jednostronnego sporządzenia

i podpisania protokołu odbioru w przypadku, gdy Wykonawca nie będzie uczestniczył w odbiorze lub gdy Wykonawca odmówi podpisania protokołu. Sporządzony protokół odbioru będzie podstawą do obniżenia wynagrodzenia i naliczenia kar umownych.

Wykonawca wnosi o wprowadzenie analogicznych zmian jak w pytaniu do postanowienia par. 3 ust. 4.

Zamawiający zmienia treść SIWZ w zakresie § 3 ust. 19 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 9 do SIWZ. Nowa treść wzoru umowy w załączeniu.

Wykonawca wnosi o wykreślenie par. 3 ust. 20.

Zamawiający zastrzega sobie prawo do kontroli wykonanych pomiarów. Zamawiający w terminie

2 miesięcy od dnia podpisania protokołu odbioru usług geodezyjnych ma prawo zgłosić Wykonawcy pisemne zastrzeżenia odnośnie wykonanych pomiarów. Wykonawca zobowiązany jest wykonać ponowne pomiary i dokonać korekty pomiarów powierzchni objętych zarzutami w terminie wskazanym przez Zamawiającego. Odbiór skorygowanych pomiarów zostanie potwierdzony pisemnym protokołem odbioru, podpisanym przez obie Strony. Postanowienia ust. 16 stosuje się odpowiednio.

Wykonawca podnosi iż skuteczny odbiór wykonanych prac geodezyjny oznacza również ich sprawdzenie przez Zamawiającego. Nie może być zatem tak że Zamawiający po dokonaniu skutecznego odbioru będzie żądał ponownie przeprowadzenia pomiarów. Ponadto nie jest



zrozumiałe czego mają dotyczyć zastrzeżenia Zamawiającego. Należy wskazać, iż geodeta sporządzając pomiary działa w oparciu o przepisy prawa i wykonywana przez niego dokumentacja jest składana do stosownych urzędów. Brak jest zatem podstaw aby po wykonaniu pracy w sposób prawidłowy dokonywać jej kolejnej weryfikacji.

Zamawiający zmienia treść SIWZ w zakresie § 3 ust. 19 i 20 oraz § 6 ust. 10, 11 i 12 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 9 do SIWZ. Nowa treść wzoru umowy w załączeniu.

Par. 6 ust. 3

W przypadku osiągnięcia wysokości środków, o których mowa w ust. 1 zd. 1 przed datą określoną

w § 2 ust. 1, umowa ulega automatycznemu rozwiązaniu bez składania w tym względzie dodatkowych oświadczeń, a Wykonawca zrzeka się wszelkich roszczeń z tego tytułu.

Wykonawca wnosi o wykreślenie na końcu zdania słów: a Wykonawca zrzeka się wszelkich roszczeń z tego tytułu. Wykonawca wskazuje, iż zapis o takiej treści jest sprzeczny z przepisami KC. Po stronie Zamawiającego w takiej sytuacji dojdzie do bezpodstawnego wzbogacenia, a zatem w przypadku wykonania prac o większej kwocie niż maksymalna wysokość środków Wykonawcy należy się stosowne wynagrodzenie.

Zamawiający nie uwzględni wniosku Wykonawcy o modyfikację § 6 ust. 3 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 9 do SIWZ w powyższym zakresie.

Par. 6 ust. 10 lit e i f

Wykonawca wnosi o wykreślenie w/w zapisów. Argumentacja w powyższym zakresie została przedstawiona w pytaniach powyżej.

w przypadku nadpłaty w stosunku do zapłaconego wynagrodzenia, o którym mowa w lit. b niniejszego ustępu, Wykonawca dokona korekty wystawionych faktur i zwróci Zamawiającemu kwotę stanowiącą nadpłatę na podstawie prawidłowo wystawionej, skorygowanej faktury w terminie 21 dni od daty otrzymania rozliczenia, o którym mowa w lit. c niniejszego ustępu. W przypadku braku zwrotu nadpłaty w terminie, Zamawiający będzie uprawniony do potrącenia nadpłaty z kwoty należnego Wykonawcy wynagrodzenia, na co Wykonawca wyraża zgodę,

w przypadku dokonania przez Wykonawcę korekty pomiarów powierzchni w trybie określonym w § 3 ust. 20 umowy, odpowiednie zastosowanie ma lit. d lub e niniejszego ustępu.

Zamawiający nie uwzględni wniosku Wykonawcy o modyfikację § 6 ust. 10 lit. e, f wzoru



umowy stanowiącego załącznik nr 9 do SIWZ w powyższym zakresie.

Par. 7 ust. 4

Zanieczyszczenia zebrane w trakcie sprzątnia mogą pozostawać na trawnikach tylko w szczelnie zawiązanych workach maksymalnie do 4 godz. po zebraniu zanieczyszczeń

Wykonawca wnosi o modyfikację w/w zapisów i nadanie im następującego brzmienia:

Zanieczyszczenia zebrane w trakcie sprzątnia mogą pozostawać na trawnikach tylko w szczelnie zawiązanych workach maksymalnie do czasu zakończenia przez Wykonawcę pracy w danym dniu na danym terenie.

Zamawiający nie uwzględnia wniosku Wykonawcy o modyfikację § 7 ust. 4 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 9 do SIWZ w powyższym zakresie.

Par. 8 ust. 1 lit. c i d

niewykonania wymiany materiału roślinnego obumarłego lub w złej kondycji zdrowotnej w terminie ustalonym na podstawie § 3 ust. 10, w wysokości 20 zł za sztukę, za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia;

rażącego niedotrzymania warunków umowy;

spowodowania nieodwracalnych zniszczeń poprzez nieprawidłowe przycięcie roślin skutkujące zniszczeniem, zdeformowaniem korony, pokroju, uszkodzeniem szyjki korzeniowej, uszkodzeniem kory dla:

krzewów, roślin okrywowych, pnączy, kwietników z siewu w wysokości 5000 zł za każdy stwierdzony przypadek (ulicę);

drzew rosnących w sąsiedztwie prowadzonych prac w wysokości 5000 zł za każdy stwierdzony przypadek (sztukę);

używania sprzętu do koszenia o masie zestawu powyżej 1600 kg w wysokości 5000 zł za każdy przypadek (ulicę);

używania dmuchaw do usuwania liści w wysokości 1000 zł za każdy stwierdzony przypadek.

Wykonawca wnosi o modyfikację postanowień w zakresie wysokości kar umownych poprzez ich odniesienie do realnie poniesionej szkody przez Zamawiającego. Należy wskazać, iż naliczenie kary umownej w wysokości 5.000 zł. za szt. Uszkodzonego drzewa bez określenia jego rodzaju, stopnia uszkodzenia stanowi o tym że kary są rażąco wygórowane i oderwanie od sytuacji faktycznej. W ocenie Wykonawcy w/w kary powinny być obniżone co najmniej o połowę.

Przypomnieć należy, iż stosownie do treści art. 14 PZP, do czynności podejmowanych przez Zamawiającego i Wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie





stanowią inaczej.

Uwzględniając powyższe, zgodnie z:

art. 5 KC „Nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współzycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony”

art. 3531 KC „Strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współzycia społecznego”

art. 471 KC „Dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi”

art. 472 KC „Jeżeli ze szczególnego przepisu ustawy albo z czynności prawnej nie wynika nic innego, dłużnik odpowiedzialny jest za niezachowanie należytej staranności”

art. 484 § 1 KC „W razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania kara umowna należy się wierzycielowi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości bez względu na wysokość poniesionej szkody. Żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary nie jest dopuszczalne, chyba że strony postanowiły inaczej”

art. 484 § 4 KC „Jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana”

Na wstępie należy wskazać, że rażąco wygórowana kara umowna to zarówno sytuacja, gdy zachwiana zostanie relacja pomiędzy wysokością wynagrodzenia za wykonanie zobowiązania a wysokością kary umownej zastrzeżonej za zwłokę w wykonaniu przedmiotu umowy, z uwzględnieniem okresu zwłoki, jak i wtedy (co jest zasadniczym kryterium miarkowania kary umownej z uwagi na jej rażące wygórowanie), gdy zachwiany został stosunek wysokości zastrzeżonej kary umownej do wysokości doznawanej szkody (tak: wyrok SN z dnia 21 września 2007 r., V CSK 139/07 oraz uchwała SN z dnia 6 listopada 2003 r., III CZP 61/035). Kara umowna jest bowiem surogatem odszkodowania, zastrzeżonym w określonej wysokości i nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela (tak: wyrok SA w Katowicach z dnia 28 września 2010 r., V ACa 267/10). SA w Szczecinie w wyroku z dnia 28 listopada 2013 r., I ACa 539/13, zwrócił natomiast uwagę, że „Orzecznictwo Sądu Najwyższego dopuszcza możliwość uwzględnienia stosunku między wysokością kary umownej a wartością wykonanego z opóźnieniem zobowiązania jako miernika oceny wysokości kary umownej. Wskazuje się przy tym, że jeżeli kara umowna jest równa bądź zbliżona do wartości zobowiązania, można ją uznać za rażąco wygórowaną (zob. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 20 maja 1980 r., I CR 229/80, OSNCP 1980, Nr 12, poz. 243; z dnia 19



kwietnia 2006 r., V CSK 34/06, niepubl., czy z dnia 23 maja 2013 r., IV CSK 644/12).”.

Ocenę, czy kara w danym przypadku jest rażąco wygórowana w rozumieniu art. 484 § 2 KC należy dokonać w kontekście całokształtu okoliczności sprawy, uwzględniając przedmiot umowy, okoliczności, na jakie kara umowna została zastrzeżona, cel tej kary, sposób jej ukształtowania, okoliczności, w jakich doszło do sytuacji uzasadniającej naliczenia kary, wagę i zakres nienależytego wykonania umowy, stopień winy, charakter negatywnych skutków dla drugiej strony itp. (tak: wyrok SA w Szczecinie z dnia 24 kwietnia 2014 r., I ACa 26/14).

SN w wyroku z 14 stycznia 2016 r., IV CSK 223/15, podkreślił, że obowiązujący w Polsce system zamówień publicznych niejednokrotnie zmusza potencjalnego wykonawcę do oferowania minimalnego wynagrodzenia oraz akceptowania krótkiego terminu realizacji zamówienia. Wykonawca jest także często zmuszony zaakceptować wysokość kary umownej w wypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. W praktyce prowadzi to często do naruszenia faktycznej równości stron zawieranej umowy.

O wysokości zastrzeżonych kar umownych rozstrzygnęła Krajowa Izba Odwoławcza w sprawie akt: KIO 2546/15. Sprawa dotyczyła SIWZ przy przetargu na zapewnienie wyżywienia pacjentów w szpitalu. Kwestionujący projekt umowy wykonawca podkreślał m.in., że zawarte w nim kary umowne są za mało określone, wygórowane i nieadekwatne do ewentualnej szkody. Każde stwierdzenie uchybienia miało bowiem oznaczać karę umowną – od 10 do 15 proc. miesięcznej wartości usługi. Izba uznała, że są one zbyt wygórowane i nakazała ich obniżenie do poziomu proponowanego przez odwołującego, tj. 1–1,5 proc. miesięcznego wynagrodzenia brutto.

Nie sposób zatem nie przyjąć, iż w/w kary umowne są również rażąco wygórowane, jeżeli zachwiana zostaje relacja pomiędzy wartością kary umownej a wartością wynagrodzenia za wykonanie danego zakresu usług (wartość kar umownych jest w tych przypadkach znacznie większa niż wartość wynagrodzenia za wykonanie poszczególnych usług).

Zamawiający zmienia treść SIWZ w zakresie § 8 ust. 1 lit. d tiret pierwsze i drugie wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 9 do SIWZ. Nowa treść wzoru umowy w załączeniu.

Par. 8 umowy

Wykonawca wnosi o modyfikację postanowień w par. 8 projektu umowy w zakresie zmiany sformułowań z opóźnienia na zwłokę.

Wykonawca wyjaśnia, iż zgodnie z licznym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej kara



umowna przewidziana przez art. 484 KC, jest formą zryczałtowanego odszkodowania w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Natomiast z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązaniem ma się do czynienia w razie winy dłużnika. Z tego względu zdaniem zainteresowanego nie może być tak że Zamawiający zastrzegając kary umowne stworzy z nich instrument do bezpodstawnego wzbogacenia, obciążając Wykonawcę okoliczności za które nie może odpowiadać.

Ponadto należy wskazać, iż co prawda Zamawiający jest uprawniony do kształtowania treści przyszłej umowy na wykonanie zamówienia wedle swojego uznania i potrzeb ALE swoboda Zamawiającego nie jest w tym zakresie nieograniczona. Treść wzoru przyszłej umowy powinna być jednoznaczna i precyzyjna, tak aby było możliwe skalkulowanie ryzyka oraz kosztów przez Wykonawców składających oferty. Treść załączonego do SIWZ wzoru umowy nie może zawierać postanowień sprzeciwiających się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego, a taka sytuacja przy obecnym brzmieniu postanowień projektu umowy ma miejsce. Przewidziane przez Zamawiającego kary umowne są rażąco wygórowane i na skutek takiego zachowania Zamawiającego zostaje zachwiana relacja pomiędzy wartością kary umownej a wartością wynagrodzenia za wykonanie danego zakresu usług (wartość kar umownych przewyższa wartość wynagrodzenia). Ponadto obecne brzmienie rodzi wątpliwości w jakich sytuacjach kary umowne będą na Wykonawców nakładane, co jednocześnie nie pozwala na skalkulowanie w cenie ofertowej ryzyka z tym związanego poprzez obciążenie wykonawcy odpowiedzialnością z tytułu kar umownych za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy w zakresie obowiązków, których dochowanie przez wykonawcę jest niemożliwe oraz w takich gdy do naruszenia dojdzie z przyczyn przez Wykonawcę niezawinionych. Takie ukształtowanie postanowień przyszłej umowy prowadzi do naruszenia równowagi między stronami umowy i jest sprzeczne z naturą stosunku zobowiązaniowego. Podkreślić należy również, iż kary zostały skonstruowane w taki sposób, że wykonawca działający z należytą starannością nie jest w stanie uniknąć ich naliczenia. Takie stanowisko wynika z orzecznictwa. Dla przykładu:

- wyrok SA w Gdańsku, V ACa 266/13  
jeżeli zatem pozwany rozumie postanowienie zastrzegające karę umowną za nieterminowe wykonanie prac powoda w ten sposób, że jest to odpowiedzialność absolutna obejmująca także przyczyny opóźnienia leżące po stronie pozwanego to takie postanowienie umowne należałoby ocenić jako sprzeczne z zasadami współżycia społecznego i w konsekwencji uznać za bezwzględnie nieważne na podstawie art. 58 § 2 KC
- KIO 2280/16:  
Zamawiający ma prawo podmiotowe do jednostronnego ustalenia warunków umowy, które zabezpieczą jego interes w wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z jego uzasadnionymi potrzebami. Zgodzić należy się także z twierdzeniami, że uprawnienie



Zamawiającego do ustalenia warunków umowy nie ma charakteru absolutnego, gdyż Zamawiający nie może swego prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to zarówno z przywołanych powyżej ograniczeń zasady swobody umów, jak i z innej podstawowej zasady prawa cywilnego, wyrażonej w art. 5 k.c.

Obowiązkiem Zamawiającego jest określenie postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego tak, aby cel zamówienia publicznego tj. zaspokojenie określonych potrzeb publicznych został osiągnięty. W swoim działaniu nie może jednak korzystać z prawa absolutnego, oderwanego od przedmiotu zamówienia, sytuacji wykonawcy oraz ciężących na nim obowiązków jako drugiej strony stosunku zobowiązaniowego z wykonawcą.

- KIO 399/12 oraz KIO 1710/12:

postanowienia umowne nie mogą naruszać natury stosunku prawnego, zasad współzycia społecznego oraz prowadzić do nieuzasadnionego pokrzywdzenia jednej strony

- KIO 298/11

Nie jest możliwe ukształtowanie treści umowy w sposób, który prowadziłby do naruszenia przepisów ustawy (...) dla ustalania granic swobody umów z punktu widzenia zasad współzycia społecznego istotne znaczenie mają te zasady, które służą ochronie wolności. Jednakże na potrzeby niniejszych rozważań szczególnie ważną sferą zastosowania zasad współzycia społecznego jako granicy swobody umów jest problematyka tzw słuszności (sprawiedliwości) kontraktowej, rozumianej jako równomierny rozkład uprawnień i obowiązków w stosunku prawnym czy też korzyści i ciężarów oraz szans i ryzyk związanych z powstawaniem i realizacją tego stosunku. Badaniu z punktu widzenia słuszności kontraktowej podlega przede wszystkim stosunek wartości świadczeń w umowach wzajemnych. O naruszeniu reguł sprawiedliwościowych można mówić wówczas, gdy dysproporcja tych wartości jest rażąca. W grę wchodzi także badanie rozkładu innych niż długi i wierzytelności obowiązków i uprawnień stron, ustalenie czy równomiernie obciążone są obowiązki i wyposażone w uprawnienia różnych postaci. Chodzi zatem o konieczność zapewnienia wzajemności lub odpowiedzialności uprawnień rozumianych jako przysługiwanie obu stronom takich samych uprawnień lub uprawnień różnych postaci ale ekwiwalentnych wobec siebie, ewentualnie jako zrównoważanie dysproporcji wartości świadczeń przez nierówny rozdział innych obowiązków i uprawnień oraz proporcjonalności uprawnień (to jest dostosowania ich zakresu do rzeczywistej potrzeby ochrony interesów uprawnionego.

- KIO 184/10

Kwestionowane postanowienia SIWZ narzucają takie warunki, że każdy z wykonawców będzie mógł inaczej identyfikować poszczególne ryzyka co może prowadzić do złożenia nieporównywalnych ofert a tym samym naruszenia art. 7 PZP. Izba nie podziela poglądu zamawiającego, że wykonawca dobrowolnie może przejąć wszelkie obowiązki ustawowe, spoczywające na drugiej stronie umowy a więc i odpowiedzialność – skrajnie doprowadziłoby



to do zawarcia umowy jednostronnie zobowiązującej.

- KIO 97/08

Jakkolwiek pozycja zamawiającego przy kształtowaniu treści umowy jest silniejsza, powinien on brać pod uwagę nie tylko swoje interesy ale także interesy kontrahenta i starać się ułożyć stosunek prawny tak aby te interesy były jak najbardziej zrównoważone.

Biorąc powyższe pod uwagę modyfikacja we wskazanym powyżej zakresie jest zasadna.

Należy wskazać, iż zgodnie z obowiązującymi przepisami takie postanowienia umowy mogą zostać uznane za nieważne. Zgodnie bowiem z art. 5 KC: „Nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony”. Zaś zgodnie z art. 484 § 4 KC: „Jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana”.

Zamawiający nie uwzględnia wniosku Wykonawcy o modyfikację § 8 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 9 do SIWZ w powyższym zakresie.

Par. 13 ust. 4

Jeżeli do upływu 7 dni od daty wejścia w życie nowych przepisów Wykonawca nie zwróci się do Zamawiającego o zmianę wysokości wynagrodzenia, Zamawiający uzna, że zmiana przepisów nie ma wpływu na koszty wykonania przedmiotu umowy przez Wykonawcę. Wykonawca wnosi o wykreślenie w/w postanowienia. Nie jest zrozumiałe z jakich przyczyn Zamawiający ogranicza możliwość zwrócenia się o taką zmianę. Na przygotowanie szczegółowych kalkulacji i dokumentów potrzebne jest więcej czasu, z tych względów Wykonawca nie powinien mieć w tym zakresie ograniczeń.

Zamawiający zmienia treść SIWZ w zakresie § 13 ust. 4 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 9 do SIWZ. Nowa treść wzoru umowy w załączeniu.

Par. 13 ust. 3

Wykonawca zwraca się z prośbą o zmianę formuły zmiany wynagrodzenia z negocjacji przeprowadzonych z Zamawiającym na formułę o charakterze obligatoryjną po wykazaniu przez Wykonawcę spełnienia przesłanek.

Należy wskazać, iż art. 142 ust. 5 ustawy PZP ma charakter bezwzględnie obowiązujący, co





oznacza, że wiąże zamawiającego w przypadku spełnienia przesłanek ustawowych i nie może być wolą stron wyłączony, jak też ograniczony. Należy podkreślić, że ustawodawca nakazuje wprowadzenie powyższych klauzul waloryzacyjnych do umowy o zamówienie publiczne tylko w przypadku, gdy zmiany (określone w art. 142 ust. 5 pkt 1-3 p.z.p.) wpływają na koszt wykonania zamówienia (tak wyrok KIO z 25.05.2016 r., KIO 748/16). Przy czym należy podkreślić, że zakresem omawianego przepisu objęto zmiany (określone w art. 142 ust. 5 pkt 1-3 p.z.p.), jeżeli pośrednio lub bezpośrednio wpływają na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.

W takim zatem przypadku Zamawiający nie może prowadzić z Wykonawcą negocjacji.

Z powyższych rozważań wynika, że umowne zapisy dotyczące waloryzacji powinny działać automatycznie w sytuacji, gdy wystąpi jedna ze zmian przepisów wskazanych w art. 142 ust. 5 p.z.p. Waloryzacja powinna nastąpić w momencie wejścia w życie nowych przepisów (tak KIO w wyroku z 9.03.2015 r. KIO 346/15).

Zamawiający zmienia treść SIWZ w zakresie § 13 ust. 3 i 5 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 9 do SIWZ. Nowa treść wzoru umowy w załączeniu.