



Znak sprawy: 8/PN/2020

Warszawa, dnia 25.02.2020 r.

**Wykonawcy uczestniczący w
postępowaniu nr 8/PN/2020**

dot. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, pn.: „Prace ogrodniczo-porządkowe na terenie międzywala Wisły /356,88 ha/ w granicach m.st. Warszawy w ramach tzw. Służby Brzegowej”

KOMUNIKAT

Zamawiający na podstawie art. 38 ust. 2 ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, niniejszym przekazuję treść pytań wraz z wyjaśnieniami:

Pytanie 1

Załącznik nr 6 i 7 do umowy – zasady poruszania się pojazdami mechanicznymi po parkach / bulwarach.

Zamawiający w pkt 7 lit. c przewidział pobieranie kaucji za wydanie przepustki dla jednego pojazdu na okres powyżej 3 dni w wysokości 5.000 zł. W przypadku realizacji niniejszego zamówienia, w sytuacji gdy Wykonawca do realizacji danych prac przewidywać będzie użycie np. 20 pojazdów oznacza to konieczność wpłaty kwoty w wysokości 100.000 zł. na okres realizacji przedmiotu zamówienia. Wykonawca zwraca się z prośbą o modyfikację w/w postanowienia i wyłączenie konieczności wpłaty kaucji od samochodów wykorzystywanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia. W/w postanowienie pozostaje w sprzeczności z art. 150 ust. 2 ustawy PZP, który to przepis wskazuje na możliwość żądania przez Zamawiającego zabezpieczenia należytego wykonania umowy w określonej przepisami wysokości. Powyższe oznacza, iż Zamawiający nie może przewidywać innych form określonych co prawda nie jako zabezpieczenia, lecz jako kaucja służących zabezpieczeniu roszczeń Zamawiającego z tytułu nienależytego wykonania umowy. Biorąc powyższe pod uwagę Wykonawca wnosi o wprowadzenie modyfikacji do w/w zapisu poprzez jego całkowite wykreślenie lub wprowadzenie wyłączenia, iż obowiązek wpłaty kaucji nie dotyczy samochodów wykorzystywanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia

Odpowiedź:

Zamawiający nie uwzględnia zaproponowanych zmian.

Pytanie 2

Załącznik nr 7a i 7b – wzór umowy dla cz. I i cz. II.

- 1. Par. 3 ust. 3. Zamawiający wskazał, iż: „Zamawiający zastrzega sobie prawo, bez konieczności zmiany niniejszej umowy, na co Wykonawca wyraża zgodę, do zmniejszenia powierzchni prac wynikających z potrzeb bieżących (np. remonty, awarie oraz inne wyłączenia). O powyższych zmianach Zamawiający powiadomi Wykonawcę na piśmie”.*

Par. 3 ust. 22 Zamawiający wskazał:

„Zamawiający zastrzega sobie prawo bez konieczności zmiany niniejszej umowy do:

1) wstrzymania prac przewidzianych do realizacji np. w przypadku anomalii pogodowych lub z przyczyn niezależnych od Zamawiającego;

2) zmiany zakładanych krotkości:

a) prac ogrodniczo-porządkowych wykazanych w poz. I (§ 4300),

b) prac remontowych wykazanych w poz. II (§ 4270) oraz

c) zakupu wyposażenia bulwarów wykazanego w poz. III (§ 4210)

kolumn 6 w załączniku nr 1 do umowy. Powyższa zmiana zostanie dokonana w zależności od bieżących potrzeb Zamawiającego, panujących warunków atmosferycznych, wyłączenia fragmentu obszaru i nie spowoduje zwiększenia wynagrodzenia Wykonawcy określonego w § 5 ust. 1 umowy”.

Wykonawca zwraca się z prośbą o dookreślenie minimalnego zakresu jaki zostanie Wykonawcy zlecony i za jaki zakres otrzyma należne wynagrodzenie. Kwestionowany zapis nie pozwala Wykonawcy na należyte skalkulowanie optymalnej ceny w swojej ofercie. Optymalna cena w ofercie Wykonawcy uzależniona jest bowiem od faktycznej, a nie szacowanej ilości zakresu zamówienia. Ustawodawca dał zamawiającym możliwość precyzowania przedmiotu zamówienia w sposób chroniący ich indywidualne interesy, ale prawem i jednocześnie obowiązkiem każdego zamawiającego jest racjonalna ocena własnych potrzeb i opisanie przedmiotu zamówienia zgodnie z nimi, a nie pozostawienie w tym zakresie dowolności. Pozostawienie w/w zapisu w obecnym kształcie powodować będzie podwyższenie cen jednostkowych w których Wykonawca będzie zmuszony kalkulować ryzyko. Nieprecyzyjne przygotowanie postępowania jest zdaniem Wykonawcy naruszeniem Art. 29 PZP, które wymaga przygotowania postępowania tak, aby przedmiot zamówienia opisany był w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, a nie podaniem ilości z zastrzeżeniem, że może ona ulec zmianie. Wykonawca wskazuje, iż w takim wypadku przepisy dają Zamawiającemu możliwość skorzystania z opcji. Próbę definicji prawa opcji podjął Trybunał Sprawiedliwości w wyroku z dnia 16 grudnia 1975 roku w sprawie (TS 40/73 ECR 975/10/01663 wskazując, że:...”(...)w zakresie w jakim prawo opcji działa w umowie zawartej przez zamawiającego, stanowi klauzulę umożliwiającą zakup dodatkowych ilości za cenę już ustaloną(...)”. Prawo opcji przyznaje uprawnienie do odmiennego kształtowania zakresu zamówienia; szczególnie jego rozszerzenia w trakcie trwania umowy, a tym samym możliwość wyboru zakresu świadczenia umowy o zamówienie publiczne. Prawo opcji może polegać na rozszerzeniu zamówienia podstawowego o pewne usługi, które towarzyszą lub mogą towarzyszyć zamówieniu podstawowemu. Pozostawienie w/w zapisu w obecnym kształcie prowadzi wprost do naruszenia przepisów ustawy. Przykładowo w wyroku KIO o sygn.. akt KIO 2311/15 wskazała:

„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. Opisany przedmiot zamówienia, który zaskarżono nie wyczerpuje przesłanek określonych w art.29 ust.1 ustawy Pzp., cytowany powyżej, w zakresie jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby opisanie przedmiotu zamówienia przez zastrzeżenie przez zamawiającego prawa do jednoczesnego zmniejszania jak i zwiększania wolumeny

ilościowego reduktorów w poszczególnych 17 częściach zamówienia jest niedopuszczalne w związku z wytyczną art.29 ust.1, który mówi o jednoznacznym opisie przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby jako pojęcie jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia”.

Biorąc powyższe pod uwagę Wykonawca wnosi o modyfikację w/w postanowienia poprzez wykreślenie par. 3 ust. 3 w całości i wprowadzenie postanowień dot. prawa opcji lub względnie dokonanie modyfikacji w/w zapisu i określenie iż zmniejszenie może dotyczyć nie więcej niż 20% powierzchni prac wskazanych w załącznikach do umowy.

Odpowiedź:

Zamawiający nie uwzględni zaproponowanych zmian.

2. Par. 3 ust. 6

Zamawiający wskazał, iż: „(...) Zamawiający zastrzega sobie prawo do jednostronnego sporządzenia i podpisania protokołu odbioru w przypadku, gdy Wykonawca nie będzie uczestniczył w czynnościach odbiorowych bądź odmówi podpisania protokołu. Sporządzony protokół będzie podstawą do obniżenia wynagrodzenia i naliczenia kar umownych”.

Wykonawca wnosi o modyfikację w/w postanowienia poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

„(...) Zamawiający zastrzega sobie prawo do jednostronnego sporządzenia i podpisania protokołu odbioru w przypadku, gdy Wykonawca pomimo zawiadomienia go emailem lub faksem o terminie odbioru z wyprzedzeniem co najmniej 1 dnia roboczego nie będzie uczestniczył w czynnościach odbiorowych. W przypadku odmowy podpisania protokołu odbioru przez Wykonawcę Zamawiający sporządzi protokół zawierający ustalenia wynikające z odbioru oraz opisujący przyczynę odmowy podpisania lub zgłoszone przez Wykonawcę zastrzeżenia. Sporządzony protokół będzie podstawą do obniżenia wynagrodzenia i naliczenia kar umownych”.

Wykonawca wskazuje, iż wprowadzenie zapisów o jednostronnym protokole odbioru wraz z możliwością naliczenia na tej podstawie kar umownych bez prawa Wykonawcy do zgłoszenia zastrzeżeń jest nadużyciem prawa podmiotowego. Zamawiającego do kształtowania umowy. Wykonawca wskazuje, iż prawo do nie jest dowolne. Wprowadzenie tego rodzaju zapisów oznacza automatyczne szacowanie po stronie Wykonawców dodatkowych ryzyk związanych z możliwością skorzystania przez Zamawiającego z w/w postanowienia i naliczenia Wykonawcy kar umownych. Z tych względów pozostawienie w/w zapisu w takim kształcie prowadzi do naruszenia przepisów KC odnoszących się do zasad swobodnego kształtowania umów.

Odpowiedź:

Zamawiający dokonał modyfikacji § 3 ust. 6 wzorów umów:

- ✓ **Załącznik nr 7A do SIWZ** – wzór umowy (część I);
- ✓ **Załącznik nr 7B do SIWZ** – wzór umowy (część II).

Wzory umowy otrzymują brzmienie jak w załączeniu.

3. Par. 3 ust. 8

Wykonawca zwraca się z prośbą o wprowadzenie modyfikacji w/w postanowienia poprzez nadanie mu brzmienia:

„Na żądanie Zamawiającego Wykonawca jest zobowiązany do skierowania upoważnionej osoby do udziału w kontroli w wyznaczonym czasie i miejscu na terenie, który obsługuje, z zastrzeżeniem, iż Zamawiający zobowiązany jest do poinformowania o terminie emailem lub faksem z wyprzedzeniem co najmniej 1 dnia roboczego”.

Odpowiedź:

Zamawiający dokonał modyfikacji § 3 ust. 8 wzorów umów

- ✓ **Załącznik nr 7A do SIWZ** – wzór umowy (część I);
- ✓ **Załącznik nr 7B do SIWZ** – wzór umowy (część II).

Wzory umowy otrzymują brzmienie jak w załączeniu.

4. Par. 3 ust. 21 lit e

Zamawiający przewidział konieczność zapewnienia ciągłego i całodobowego kontaktu telefonicznego. Czy powyższy zapis oznacza, iż Wykonawca ma obowiązek skalkulowania w cenie oferty utrzymania całodobowego dyżuru (konieczność kalkulacji co najmniej zatrudnienia dwóch pracowników oraz utrzymania pogotowia technicznego – brygady interwencyjne)

Odpowiedź:

Zamawiający dokonał modyfikacji § 3 ust. 21 lit. e wzorów umów

- ✓ **Załącznik nr 7A do SIWZ** – wzór umowy (część I);
- ✓ **Załącznik nr 7B do SIWZ** – wzór umowy (część II).

Wzory umowy otrzymują brzmienie jak w załączeniu.

5. Par 6 ust. 1

Zamawiający przewidział stosowanie kar umownych za opóźnienie. Wykonawca zwraca się z prośbą o modyfikację w/w zapisów i wprowadzenie w miejsce słów opóźnienie słów zwłoka.

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 Wykonawcy 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 sprzeczających

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 obecnie 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:

- a) 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
- b) 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.
- c) KIO 399/12 oraz KIO 1710/12 - postanowienia umowne nie mogą naruszać natury stosunku prawnego, zasad współżycia społecznego oraz prowadzić do nieuzasadnionego pokrzywdzenia jednej strony
- d) 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 współżycia społecznego istotne znaczenie mają te zasady, które służą ochronie wolności. Jednakże na potrzeby niniejszych rozważań szczególnie ważną sferą zastosowania zasad współżycia 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 samym 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).

- e) 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.
- f) 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”.

Odpowiedź:

Zamawiający nie uwzględnia zaproponowanych zmian.

6. Par. 6 ust. 1 pkt 8

Zamawiający wskazał, iż: za nieodebranie telefonu od Zamawiającego, o czym mowa w § 3 ust. 17 w czasie dłuższym niż 40 min. Wykonawca zapłaci karę w wysokości 350 zł brutto /trzystu pięćdziesięciu złotych/ za każdy stwierdzony przypadek.

Wykonawca zwraca się z prośbą o wyjaśnienie w jaki sposób Zamawiający dokumentować będzie w/w sytuację. W szczególności czy na potwierdzenie nieodebrania telefonu Zamawiający załączyć wydruk – biling telefoniczny? Czy w sytuacji wystąpienia awarii niezależnej od Wykonawcy jak np. przerwy w świadczeniu usług przez operatora Zamawiający odstąpi od naliczenia kary umownej?

Odpowiedź:

Zamawiający dokonał modyfikacji § 6 ust. 1 pkt. 8 wzorów umów

- ✓ **Załącznik nr 7A do SIWZ** – wzór umowy (część I);
- ✓ **Załącznik nr 7B do SIWZ** – wzór umowy (część II).

Wzory umowy otrzymują brzmienie jak w załączeniu.

7. Par. 9 ust. 5

Zamawiający wskazał, iż:

„W przypadku rozwiązania umowy lub odstąpienia od umowy przez którąkolwiek ze Stron, Wykonawca jest zobowiązany do zapłaty kar umownych naliczonych przez Zamawiającego“.

Wykonawca wnosi o wykreślenie w/w postanowienia. Pozostaje ono w sprzeczności z ustępami zawartymi w w/w paragrafie. Wykonawca nie może być zobowiązany do zapłaty kar umownych w każdym przypadku, również w przypadku odstąpienia od umowy z powodów o których mowa w ust. 3.

Odpowiedź:

Zamawiający nie uwzględni zaproponowanych zmian.

Pytanie 3

Dotyczy: Załącznik nr 1A do SIWZ – warunki wykonania umowy – cz. 1

- 1.1. *Do punktu np. 28 :W jaki sposób w raporcie należy określić lokalizację wykonywanej czynności ?*
- 1.2. *Do pkt. 41 : Na jakiej wysokości powinny być skoszone zarośla nadwodne ?*

Odpowiedź:

Zamawiający dokonał modyfikacji **Załącznika nr 1A do SIWZ** - warunki wykonania umowy (część I).

Warunki wykonania umowy (część I) otrzymują brzmienie jak w załączeniu.

Niniejsze zmiany treści SIWZ stanowią integralną część SIWZ. Wykonawcy zobowiązani są do ich uwzględnienia podczas sporządzania ofert.

Magdalena Mycko

Kierownik Działu
Zamówień Publicznych

Załączniki:

- Załącznik nr 7A do SIWZ – wzór umowy (część I) zmiana 25.02.2020;
- Załącznik nr 7B do SIWZ – wzór umowy (część II) zmiana 25.02.2020;
- Załącznik nr 1A do SIWZ - warunki wykonania umowy (część I) zmiana 25.02.2020.

