



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

Znak sprawy: 3/PN/2021

Warszawa, dnia 24.03.2021 r.

**Wykonawcy uczestniczący w
postępowaniu nr 3/PN/2021**

*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 NR 4

Zamawiający na podstawie art. 135 ust. 6 ustawy z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, niniejszym przekazuję treść pytań wraz z wyjaśnieniami:

Pytanie 1

Zwracamy się z prośbą o informację, czy załączone do niniejszej wiadomości referencje zostaną uznane przez Zamawiającego za potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu 3/PN/2021, którego przedmiotem są "Prace ogrodniczo - porządkowe na terenie międzywala Wisły /356,88 ha/ w granicach m.st. Warszawy w ramach tzw. Służby Brzegowej" w przypadku złożenia oferty na część 1 - bulwary nadwiślańskie.

„Firma wykonywała prace polegające na pielęgnacji zieleni niskiej, pielęgnacji zieleni wysokiej oraz prace porządkowe z umowami na: „Utrzymanie terenów zieleni niezagospodarowanej, usytuowanej poza pasami drogowymi ulic Dzielnicy Ursynów”.

Prace w ramach umów były wykonywane w zakresie: koszenia, wiosennego i jesiennego, grabienia liści, sprzątania terenów zieleni, pielęgnacji krzewów, pielęgnacji i wycinki drzew, oczyszczania nawierzchni utwardzonych z darni i roślin, zbierania i wywozu odpadów z nawierzchni utwardzonych, drobnych napraw, remontu oraz utrzymania w stanie używalności małej architektury (ławek, koszy, wygrodzeń trawników), opróżniania koszy.

Łączna wartość wykonanych prac wyniosła: 1 191 880,90 zł. brutto.

Firma prawidłowo wykonywała zadania określone w umowach, zgodnie z zapisami w nich zawartymi oraz z zachowaniem zasad sztuki ogrodniczej.

Odpowiedź:

Zgodnie z rozdziałem VIII INFORMACJA O WARUNKACH UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA pkt. 1.4.1 SWZ, Wykonawca w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej musi wykazać, że:

„w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie w ramach jednej lub kilku umów wykonywał lub wykonuje:

- a)** *przez okres kolejnych co najmniej 6 miesięcy w ramach jednej lub kilku umów realizowanych w tym samym czasie w obrębie jednego miasta, prace polegające na utrzymaniu terenu zieleni w rozumieniu art. 5 pkt 21) ustawy z dnia 16 kwietnia 2004 r. o ochronie przyrody (Dz.U. z 2020 r., poz.55 z późn.zm.), obejmujące minimum pielęgnację zieleni niskiej (trawniki, krzewy, żywopłoty) i pielęgnację zieleni wysokiej:*

- **dla części I** – 400 000, 00 zł brutto, przy czym pielęgnacja zieleni wysokiej musi wynosić minimum 10% wskazanej kwoty;
 - **dla części II** – 400 000, 00 zł brutto, przy czym pielęgnacja zieleni wysokiej musi wynosić minimum 10% wskazanej kwoty;
- b)** w ramach jednej lub kilku umów realizowanych w tym samym czasie w obrębie jednego miasta, prace polegające na całorocznym, tj. przez nieprzerwalny okres 12 miesięcy, utrzymaniu czystości na terenach ogólnodostępnych o powierzchni łącznie nie mniejszej niż:
- **dla części I** - 20 ha za kwotę nie mniejszą niż 800 000,00 zł brutto;
 - **dla części II** - 150 ha za kwotę nie mniejszą 400 000,00 zł brutto.”

Pytanie 2

Zwracam się z prośbą o wyjaśnienie i wprowadzenie modyfikację postanowień projektu umowy w następującym zakresie:

Par. 3 ust. 3 oraz ust. 22:

3. 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.

22. 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)

kolumna 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 wykreślenie w/w zapisu lub określenie poziomu % maksymalnego zmniejszenia o jakiej mowa w w/w postanowieniu. Należy wskazać, iż Wykonawca wycenia swoją ofertę w oparciu o zakres przedmiotu zamówienia. W sytuacji, w której zamawiający w nieograniczony sposób zastrzega sobie możliwość zmiany (zmniejszenia) przedmiotu zamówienia na etapie realizacji zamówienia, może to wskazywać na naruszenie przez niego w przyszłości, w toku realizacji zamówienia, przepisów ustawy Pzp, z których wynika, iż zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Jeśli zamawiający w niczym nieograniczony sposób przewiduje możliwość ograniczenia zakresu przedmiotu zamówienia, to przygotowany przez niego opis przedmiotu zamówienia jest niejednoznaczny. Wykonawca w tym zakresie może mieć uzasadnione problemy z wyceną swojej oferty. Zamawiający powinien określić minimalny przedmiot zamówienia (np. procentowo, wartościowo itp.), który będzie podlegał zamówieniom zamawiającego, niezależnie od ewentualnych zmian. Powyższe możliwe jest do realizacji w różny, przewidziany w przepisach ustawy Pzp sposób, np. poprzez przewidzenie w opisie przedmiotu zamówienia prawa opcji, bądź przewidzenia innego

ekwiwalentu dla wykonawcy związanego z należnym mu wynagrodzeniem w takiej sytuacji. Wskazane potrzeby powinny być jednak opisane w taki sposób, aby nie prowadziły do utrudnienia uczciwej konkurencji i były jednoznaczne dla wykonawców w taki sposób, aby umożliwić im złożenie oferty w postępowaniu.

Powyższy zapis stanowi niedozwolone postanowienie umowy o którym mowa w Art. 433. [Zakazane postanowienia umowy]

Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać:

- 1) odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia;
- 2) naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem;
- 3) odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający;
- 4) możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.**

Par. 3 ust. 6 i 9

„6. (...) 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.

9. W przypadku niestawienia się do udziału w kontroli przedstawiciela Wykonawcy lub odmowy podpisania negatywnego protokołu kontroli, sporządzony zostanie negatywny protokół jednostronny, do którego zostaną załączone dowody potwierdzające stwierdzone nieprawidłowości. Sporządzony protokół będzie podstawą do obniżenia wynagrodzenia i naliczenia kar umownych

Wykonawca zwraca się z prośbą o wykreślenie w/w postanowienia lub jego modyfikację i nadanie mu następującego brzmienia:

„(...) Zamawiający zastrzega sobie prawo do jednostronnego sporządzenia i podpisania protokołu odbioru w przypadku, gdy Wykonawca pomimo zawiadomienia go o terminie czynności odbiorowych z wyprzedzeniem co najmniej 1 dniowym, nie będzie uczestniczył w czynnościach odbiorowych.

Wprowadzone przez Zamawiającego postanowienia dają w pełni nieograniczone prawo do zmniejszenia wynagrodzenia i naliczenia kar umownych w sytuacji gdy Wykonawca nie ma w zasadzie na to żadnego wpływu. Sporządzenie protokołu bez udziału Wykonawcy na podstawie którego mają nastąpić wskazane w/w potrącenia stanowi naruszenie zasady równego traktowania obu stron umowy.

Par. 3 ust. 8:

Na żądanie Zamawiającego Wykonawca jest zobowiązany do skierowania upoważnionej osoby do udziału w kontroli w wyznaczonym czasie i miejscu na terenie, który obsługuje.

Wykonawca wnosi o modyfikację w/w zapisu poprzez dodanie minimalnego czasu 1 dnia

robotniczego z wyprzedzeniem jakiego Zamawiający zobowiązany jest do poinformowania Wykonawcy o udziale w kontroli.

Par. 6

Wykonawca zwraca się z prośbą o zastąpienie słów „opóźnienia” słowami „zwłoka” oraz wprowadzenie w przypadku każdej z kar jej maksymalnej wysokości.

Powyższe zapisy stanowią niedozwolone postanowienie umowy o którym mowa w:

Art. 433. [Zakazane postanowienia umowy]

Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać:

- 1) odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia;**
- 2) naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem;**
- 3) odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający;**
- 4) możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.

Brak jest podstaw do wskazania, iż w ramach niniejszego zamówienia występują uzasadnione okoliczności do przyjęcia odpowiedzialności Wykonawcy za okoliczności na które nie ma wpływu i są niezależne od niego.

Ponadto z art. 436 ustawy wynika, iż:

Umowa zawiera postanowienia określające w szczególności:

- 1) planowany termin zakończenia usługi, dostawy lub robót budowlanych, oraz, w razie potrzeby, planowane terminy wykonania poszczególnych części usługi, dostawy lub roboty budowlanej, określone w dniach, tygodniach, miesiącach lub latach, chyba że wskazanie daty wykonania umowy jest uzasadnione obiektywną przyczyną;
 - 2) warunki zapłaty wynagrodzenia;
 - 3) łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony;**
- Zamawiający w par. 6 nie uwzględnił w/w obligatoryjnego obowiązku określenia MAKSYMALNYCH KAR UMOWNYCH.

Ponadto Wykonawca wnosi o obniżenie wysokości kar umownych przewidzianych za poszczególne naruszenia do realnej szkody jaką Zamawiający poniesie. W chwili obecnej kary umowne są rażąco wygórowane.

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 AG-Complex Sp. z o.o. 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 ciążących 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 współżycia społecznego oraz prowadzić do nieuzasadnionego pokrzywdzenia jednej strony

- KIO 298/11

Nie jest możliwe ukształtowanie treści umowy w sposób, który prowadziłyby 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 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 silniejszą, 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 współzycia 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”.

Przewidziane przez Zamawiającego kary umowne w par. 6 ust. 1 pkt 1-3 są rażąco wygórowane. Przy założeniu, że wartość zamówienia wynosi 20.000.000 zł. to kara wyniosłaby:

- 1) stwierdzenia nieterminowego rozpoczęcia lub zakończenia prac w dniach ustalonych w protokole wprowadzenia, zleceniach mailowych lub terminach prowadzenia prac określonych w załączniku nr 2, zgodnie z § 3 ust. 1 i 2 umowy, w wysokości 0,02% wartości wynagrodzenia brutto określonego w § 5 ust. 1 umowy za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia – **kara w wysokości 4.000 zł. O ile zrozumiacie jest naliczania kar**

za zwłokę w zakończeniu prac, to niezrozumiałe jest naliczanie kar za zwłokę w ich rozpoczęciu.

- 2) stwierdzenia nieprzestrzegania przez Wykonawcę warunków wykonania umowy lub standardów jakościowych wykonania prac określonych w załączniku nr 2 do umowy, w wysokości 0,5% wartości wynagrodzenia brutto określonego w § 5 ust. 1 umowy za każdy stwierdzony przypadek, przy czym przez stwierdzony przypadek, na potrzeby niniejszej umowy należy rozumieć nieprzestrzeganie danego warunku albo standardu, bez względu na liczbę prac do wykonania w ramach danego warunku lub standardu – **kara w wysokości 100.000 zł. W/w kara jest rażąco wygórowana. Poza tym Zamawiający nie może naliczać kar za nieprzestrzeganie warunków wykonania umowy bez wskazania o jakie konkretnie warunki chodzi.**
- 3) realizacji prac określonych w umowie przez inne podmioty, niż wymienione w § 11 ust. 1 umowy, w wysokości 0,1% wartości wynagrodzenia brutto określonego w § 5 ust. 1 umowy za każdy stwierdzony przypadek – **kara w wysokości 20.000 zł.**

Wnioskujemy o przyjęcie kary w wysokości 0,02% wartości wynagrodzenia brutto.

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 rażąco 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).

Par. 3 ust. 16 oraz załącznik nr 2 do umowy – rodzaj prac porządkowych (zbieranie zanieczyszczeń, opróżnianie koszy, opróżnianie beczek 200l):

Uprzątnięcie zwłok zwierząt, o czym mowa w **załączniku nr 2** do umowy, pkt. II, ppkt. 13, odbywać się będzie transportem własnym Wykonawcy. Czas dojazdu do miejsca wskazanego przez Zamawiającego od chwili powiadomienia nie może przekroczyć 2 godzin.

Czy w związku z powyższym Wykonawca powinien **posiadać wpis do rejestru podmiotów wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami (BDO)** wydany przez marszałka województwa właściwego ze względu na miejsce zamieszkania lub siedzibę podmiotu **oraz decyzję zezwalającą na zbieranie odpadów** wydaną przez odpowiedni organ administracji (marszałka województwa, starostę lub regionalnego dyrektora ochrony środowiska, właściwego ze względu na miejsce zbierania odpadów) i załączyć ww. decyzje na wezwanie Zamawiającego?

Par. 3 ust. 25:

Wykonawca zobowiązuje się do spełnienia wymogu określonego w art. 68 ust. 3 ustawy z dnia 11 stycznia 2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych (Dz. U. 2020, poz. 908 z późn. zm.). W związku z tym, Wykonawca zobowiązuje się do przekazania Zamawiającemu, nie później niż do dnia 31.12.2021 r. oraz na każde żądanie Zamawiającego w terminie późniejszym, pisemnego oświadczenia o jego spełnieniu. Brak złożenia pisemnego oświadczenia w wyznaczonym terminie będzie traktowane przez Zamawiającego jako niespełnienie wymogu przedmiotowej ustawy. Przedłożenie oświadczenia, o którym mowa powyżej, nie wyłącza uprawnienia Zamawiającego do weryfikacji spełnienia ww. wymogu w sposób wybrany przez Zamawiającego, w szczególności poprzez żądanie okazania pojazdów lub dokumentów dotyczących pojazdów.

Czy celem sprawdzenia, do umowy będzie trzeba dołączyć wykaz „floty samochodów użytkowanych”?

Biorąc zatem powyższe pod uwagę Wykonawca wnosi o modyfikację w/w zapisów.

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, iż w **Par. 3 ust. 3** zawarta jest procentowa ilość w wysokości 10%. A co za tym idzie żądanie Wykonawcy w tym zakresie bezpodstawne.

W **Par. 3 ust. 6** - w umowie jest już określone, że zamawiający powiadomi o terminie odbioru nie później niż 1 dzień roboczy przed wyznaczonym terminem, a więc zgodnie z żądaniem Wnioskodawcy.

Zamawiający informuje, iż zapis **Par. 3 ust. 8** pozostaje bez zmian. Zaproponowany przez Wykonawcę zapis jest nieakceptowalny i właściwie uniemożliwia przeprowadzenie kontroli właściwego i terminowego wykonania prac np. związanych ze sprzątnięciem czy opróżnianiem koszy. Taki zapis nie dawałby Zamawiającemu możliwości rzeczywistej kontroli jakości wykonywania usług i reagowania nawet w przypadku powtarzających się zaniedbań i niedotrzymywania terminów przez Wykonawcę. Przeprowadzenie kontroli prowadzonych prac bez powiadamiania dzień wcześniej umożliwia np. sprawdzenie czy Wykonawca opróżnia kosze w wyznaczonym czasie.

W **par 6 pkt 7** jest ustalona łączna wysokość kar w wysokości 20% wynagrodzenia: "Łączna maksymalna wysokość kar umownych których Zamawiający może dochodzić od Wykonawcy nie może przekroczyć 20% wartości wynagrodzenia brutto określonego w § 5 ust. 1 umowy." Jednocześnie w umowie za poszczególne przypadki naruszeń umowy, kary określone są w kwotach.

Zamawiający nie przychyliła się do wniosku o przyjęcie kary w wysokości 0,02% wartości wynagrodzenia brutto. Zamawiający znacząco obniżył wysokość kar umownych

i zamienił metodę naliczania wysokości kar z procentowej na kwotową.

Zamawiający informuje, iż w warunkach wykonania umowy, w przypadku niektórych prac określone jest w jakim czasie wykonawca musi rozpocząć ich wykonanie. Ma to związek z konkretnymi potrzebami np.: usuwanie padłych zwierząt (zagrożenie epidemiologiczne ptasią grypą), odśnieżanie, podlewanie drzew. Niepodjęcie czynności w przewidzianym terminie może mieć konsekwencje dla Zamawiającego np. roszczenia o odszkodowanie za wypadek na nieodśnieżonej nawierzchni. Niepodjęcie się czynności podlewania drzew następnego dnia po zleceniu może spowodować ich uschnięcie w czasie letnich upałów co wiąże się z określonymi stratami materialnymi.

Jednocześnie Zamawiający przypomina, że warunki wykonania umowy dla poszczególnych prac są jasno określone w załączniku Załącznik nr 2 do umowy.

Par. 3 ust. 16 oraz załącznik nr 2 do umowy – rodzaj prac porządkowych (zbieranie zanieczyszczeń, opróżnianie koszy, opróżnianie beczek 200l):

Zgodnie z rozdziałem VIII INFORMACJA O WARUNKACH UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA pkt. 1.2 SWZ, Wykonawca w zakresie uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów musi wykazać, musi spełnić warunek *dotyczący: kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów tj. posiada aktualną decyzję/zaświadczenie Powiatowego Lekarza Weterynarii, zatwierdzającą prowadzoną działalność w zakresie zbierania i transportu ubocznych produktów pochodzenia zwierzęcego, nadającą numer identyfikacyjny zgodnie z ustawą o ochronie zdrowia zwierząt oraz zwalczaniu chorób zakaźnych zwierząt (Dz. U. z 2020 r., poz. 1421).* – warunek został zmieniony komunikatem z dnia 03.03.2021 r.

Par. 3 ust. 25:

Zamawiający informuje, że należy złożyć oświadczenie bez wykazu floty.

Pytanie 3

Proszę o udzielenie wyjaśnień dot. wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy tj. zapis SIWZ wskazuje 2% zaś wzór umowy 5%, jaki procent zabezpieczenia jest prawidłowy?

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, iż wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy wynosi 2%.

Załącznik nr 9A do SWZ - wzór umowy (część I) oraz załącznik nr 9B do SWZ - wzór umowy (część II) otrzymują brzmienie jak w załączeniu.

Pytanie 4

*Działając jako wykonawca zainteresowany uzyskaniem zamówienia publicznego pn. Prace ogrodniczo-porządkowe na terenie międzywala Wisły /356,88 ha/ w granicach m.st. Warszawy w ramach tzw. Służby Brzegowej, znak sprawy 3/PN/2021, zwracam się z wnioskiem o **wyjaśnienie podstaw wysokości kar umownych zastrzeżonych w projekcie umowy**, jak również jednocześnie **wnoszę o rozważenie możliwości zmiany tego zapisu lub rozważenie obniżenia kar stosownie do adekwatności uchybienia**, wedle wskazówek zawartych na końcu niniejszego pisma.*

Jak wskazano w § 6 ust. 1 pkt 2 umowy Zamawiający zastrzega sobie prawo naliczania Wykonawcy kar umownych w następujących przypadkach stwierdzenia nieprzebrzegania przez Wykonawcę warunków wykonania umowy lub standardów jakościowych wykonania

prac określonych w załączniku nr 2 do umowy, w wysokości 0,5% wartości wynagrodzenia brutto określonego w § 5 ust. 1 umowy za każdy stwierdzony przypadek, przy czym przez stwierdzony przypadek, na potrzeby niniejszej umowy należy rozumieć nieprzestrzeganie danego warunku albo standardu, bez względu na liczbę prac do wykonania w ramach danego warunku lub standardu. W myśl zaś § 6 ust. 2 projektu umowy W przypadku stwierdzenia nieprawidłowego wykonywania czynności ryczałtowych, dla których jednostką jest ha/dzień lub ar/dzień i dla których jest określony szczegółowy katalog prac, składających się na standard jakościowy wykonania danej czynności zastosowanie będą miały postanowienia ust. 1 pkt. 2.

Literalna wykładnia powyższych zapisów doprowadza do przekonania, że Zamawiający w niniejszym postępowaniu zyskuje prawo do nieograniczonego karania Wykonawcy nawet w przypadku najmniejszych, niekiedy niezauważalnych lub pomijalnych (swoim charakterem) uchybień. Zważyć należy, że wymogi przedstawione przez Zamawiającego to ponad 20 stron i łącznie setki pozycji.

Stwierdzenie uszkodzenia rośliny, nieprawidłowo ucięta gałąź, nieusunięty papierek będą podstawą do naliczenia kary niewspółmiernej do charakteru uchybienia. Umowa nie daje też wykonawcy pola manewru do obrony przed naliczeniem, w tym czasu na usunięcie uchybienia. Nawet jednak w takim wypadku pozostaje karą rażąco wygórowaną już na etapie zastrzeżenia jej wysokości. Na niewspółmierność tej kary wskazuje wysokość kar w innych przypadkach, np. przekroczenia terminów umownych. W tym wypadku kara jest naliczana nie tylko za zwłokę, a więc zawinione opóźnienie, ale i wynosi 0,02% wynagrodzenia. Jest zatem 25-krotnie niższa. Jeżeli wykonawca opóźni się trzy tygodnie z wykonaniem zamówienia, nadal zapłaci karę mniejszą, niż za jednostkowe uchybienie, które może być nawet stwierdzone jednostronnie przez Zamawiającego. Przypominam też, że Zamawiający ma prawo podpisać protokół jednostronnie, gdy Wykonawca się nie stawia, niezależnie od okoliczności (np. izolacja lub kwarantanna). Nie uzależniono przecież sankcji za niestawiennictwo od winy. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem kara umowna nie jest w istocie odszkodowaniem, ale środkiem dyscyplinującym dłużnika w należyтым wykonaniu zobowiązania. Nie może być jednakże tak, że kara będzie zupełnie oderwana od szkody, bo sam przepis stanowi, że zabezpieczenie naprawienia szkody może nastąpić przez zastrzeżenie kary umownej. Kara nie może funkcjonować w umowie abstrakcyjnie i nie może pozostawać w dysproporcji do interesu, jakiego naruszenie zabezpiecza.

Celem kary umownej jest ostatecznie naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego. Kara winna ostatecznie kompensować negatywne konsekwencje wynikające z uchybienia realizacji obowiązków umownych i nie może być postrzegana w kategoriach środka prawnego, chroniącego jedną ze stron ponad miarę lub stanowiącego przesadną, uznaniową sankcję. Przy dobrej woli stron kary nie zostaną uruchomione, jednakże sama możliwość ich nałożenia w takim przypadku i w takim rozmiarze, jak w niniejszym zamówieniu, wykracza poza proporcje. Interes Zamawiającego nie doznaje takiego uszczerbku, aby musieć zabezpieczać go tak horrendalną karą. Zwrócić uwagę należy też na fakt, iż katalog naruszeń, których zaistnienie aktualizuje możliwość naliczenia kar, jest bardzo szeroki i takie oznaczenie przedmiotu uchybienia nie spełnia postulatów orzecznictwa i doktryny, które wyraźnie wskazują, że strona ma prawo wiedzieć, za jakie czynności będzie karana i nie mogą to być pomniejsze obowiązki umowne, a główne elementy świadczenia stron (w tym przedmiotowo istotne). W takim szerokim zamówieniu, na którego wykonanie

składać się będzie setki czynności, nałożenie kary za każde z możliwych teoretycznie uchybień (każdy z wymogów można naruszyć ostatecznie nawet na wiele sposobów, co dodatkowo mnoży podstawy do karania), sprawia, że już przy pierwszym protokole można wyczerpać ustawowy i umowny limit kar.

Zamawiający **winien** więc **rozważyć istotne obniżenie wysokości kar** oraz **wysokość kar odnieść do ryczałtowej wartości danego wycinka prac**, a nie całości umowy, na której wykonanie dany wycinek (jego ewentualne nieprawidłowe wykonanie) nie ma żadnego znaczenia, ani żadnego wpływu.

Ponadto Zamawiający winien precyzyjnie określić jakie uchybienia będą karane, w przypadku ich stwierdzenia. W chwili obecnej można nałożyć karę za pozostawienie na trawniku jednego papierka. Należałoby również dać szansę Wykonawcy, aby w krótkim terminie naprawił uchybienie, zanim kara zostanie nałożona (wezwanie do usunięcia uchybienia pod rygorem nałożenia kary). W przeciwnym razie zostanie zaskoczony karą, nie mając szans na reakcję, a być może nawet nie wiedząc, że coś zostało wykonane niezgodnie z umową, a podstawową formułą powinno być prawidłowe wykonanie umowy, a nie szukanie uchybień i karanie finansowe wykonawcy. Sankcją za niewykonanie danego wycinka prac jest też przecież brak zapłaty wynagrodzenia, skoro świadczenie nie zostało wykonane, czy też możliwość obniżenia ceny, gdy wykonano je wadliwie. Zamawiający dysponuje wieloma zabezpieczeniami, które może wykorzystać. Rażąco wygórowana kara umowna (niezależnie od możliwości jej następczego miarkowania) przyjmuje postać represji, a nie stymulacji. Bo przy takiej wysokości, zastrzeżonej za tak szeroko i ogólnie ujęte uchybienia, nie można uznać, że na celu ochronę jakichkolwiek interesów Zamawiającego.

Odpowiedź:

Zamawiający znacząco obniżył wysokość kar umownych i zamienił metodę naliczania wysokości kar z procentowej na kwotową.

Podstawą do naliczenia kar umownych są warunki wykonania umowy, które są jasno określone i stanowią zbiór ogólnie przyjętych i powszechnie stosowanych standardów utrzymania terenów zieleni.

Umowa nakłada na wykonawcę określone obowiązki i nie różnicuje ich na główne elementy świadczenia lub pomniejsze obowiązki umowne.

W ocenie Zamawiającego nie zachodzi przesłanka możliwości wielokrotnego karania lub mnożenia podstaw do naliczania kar.

Pytanie 5

Proszę o wskazanie jaka jest prawidłowa wartość zabezpieczeń należytego wykonania umów dla cz. I i cz. II zamówienia? W SWZ i formularzu ofertowym jest to 2% ceny brutto, zaś w projektach umów to 5%

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, iż wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy wynosi 2%.

Załącznik nr 9A do SWZ - wzór umowy (część I) oraz załącznik nr 9B do SWZ - wzór umowy (część II) otrzymują brzmienie jak w załączeniu.

Pytanie 6

Proszę spojrzeć na zapisy umowy odnośnie ubezpieczenia.

§ 7.

[Zakres odpowiedzialności Wykonawcy]

- 1. Wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność za wszelkie szkody wynikające z niewykonania lub nienależytego wykonania umowy.*
- 2. Wykonawca ponosi odpowiedzialność za wszelkie szkody powstałe w wyniku użytkowania sprzętu mechanicznego przy realizacji prac.*
- 3. Wykonawca jest obowiązany posiadać w okresie obowiązywania umowy polisę ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie odpowiedzialności kontraktowej oraz odpowiedzialności deliktowej na sumę ubezpieczenia nie mniejszą niż łączna wysokość wynagrodzenia netto za wykonanie przedmiotu umowy, określona w § 5 ust. 1 umowy. Kserokopia polisy stanowi załącznik nr 5 do umowy.*

Odpowiedź:

Zamawiający informuję, iż dokonał zmiany zapisu § 7 ust. 3.

Załącznik nr 9A do SWZ - wzór umowy (część I) oraz załącznik nr 9B do SWZ - wzór umowy (część II) otrzymują brzmienie jak w załączeniu.

Pytanie 7

Zwracam się z uprzejmą prośbą o podanie kwot brutto na realizację umowy pt. "Prace ogrodniczo – porządkowe na terenie międzywala Wisły /356,88 ha/ w granicach m.st. Warszawy w ramach tzw. Służby Brzegowej" z podziałem na część 1 i część 2.

Odpowiedź:

Zamawiający nie przychyła się do prośby o podanie kwot brutto jakie ma zamiar przeznaczyć na realizację umów.

Niniejsze wyjaśnienia treści SWZ stanowią integralną część SWZ. Wykonawcy zobowiązani są do ich uwzględnienia podczas sporządzania ofert.

Magdalena Mycko
Kierownik działu zamówień
publicznych

Załączniki:

- Załącznik nr 9A do SWZ - wzór umowy (część I) – zmiana 23.03.2021;
- Załącznik nr 9B do SWZ - wzór umowy (część II) – zmiana 23.03.2021.