



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: 77/TP/2021

Warszawa, dnia 06.08.2021 r.

Wykonawcy uczestniczący w postępowaniu nr 77/TP/2021

*dot. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym (wariant nr 2), pn.: **Roboty polegające na wybudowaniu ścieżki biegowej na terenie Pola Mokotowskiego w Warszawie.***

KOMUNIKAT NR 2

Zamawiający na podstawie art. 284 ust. 6 ustawy z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129), zwanej dalej ustawą Pzp, niniejszym przekazuję treść pytań wraz z wyjaśnieniami:

Pytanie 1

Zapisy § 15.1 Wzoru umowy:

Rozliczenie wynagrodzenia, o którym mowa w § 14 ust. 1 za wykonanie Przedmiotu Umowy określonego w § 1, nastąpi w sposób opisany poniżej:

fakturami częściowymi wystawianymi nie częściej niż raz w miesiącu w oparciu o protokoły odbioru zakończonych elementów robót, zatwierdzonych przez Inspektora Nadzoru Zamawiającego i kierownika budowy. Zakres robót do wykonania dla wystawienia faktur przejściowych określa Harmonogram. Łączna wartość brutto faktur przejściowych nie może przekroczyć 90% wynagrodzenia brutto Przedmiotu Umowy, określonego w § 14 ust. 1, na podstawie protokołów odbiorów częściowych,

2) fakturą końcową – rozliczającą pozostałe wynagrodzenie za wykonanie Przedmiotu Umowy, która będzie wystawiona po zakończeniu i odebraniu Przedmiotu Umowy na podstawie protokołu odbioru końcowego Przedmiotu Umowy podpisanego przez Strony bez zastrzeżeń.

Sprzeczne z art. 647 K.C. w związku z art. 353 K.C. jest postanowienie warunkujące dokonanie zapłaty należnego Wykonawcy wynagrodzenia w kwocie stanowiącej uzupełnienie do 90% wynagrodzenia uzależnionego od podpisania bezusterkowego protokołu odbioru końcowego lub protokołu odbioru końcowego z protokołem usunięcia wad nieistotnych. Zważyć bowiem należy, że wynagrodzenie Wykonawcy nie może być uzależnione od braku istnienia wad, projektowane zapisy umowy w istocie powodują, iż w przypadku najdrobniejszej czy nieistotnej wady wynagrodzenie wykonawcy nie stanie się wymagalne, a wykonawca mimo wykonania swojego świadczenia nie będzie mógł go rozliczyć. Wobec powyższego kwestionowane postanowienie umowne powinno zostać usunięte ze wzoru umowy.

Odpowiedź

Nie zachodzi sprzeczność postanowienia § 15 ust. 1 z art. 647 K.C. w związku z art. 353 K.C., dlatego postanowienie nie zostanie usunięte.

Należy zwrócić uwagę na postanowienia § 17 ust. 8 wzorca umowy, które, ustalają, że jeżeli w toku czynności odbioru końcowego zostaną stwierdzone wady, Zamawiającemu będą przysługiwały następujące uprawnienia, w przypadku:

wad nieistotnych nadających się do usunięcia – Zamawiający dokona odbioru,

wyznaczając jednocześnie termin na ich usunięcie;
wad istotnych nadających się do usunięcia – Zamawiający nie dokona odbioru,
wyznaczając jednocześnie termin na ich usunięcie;
wad nie nadających się do usunięcia – Zamawiający będzie mógł:

a) obniżyć wynagrodzenie,

b) a gdy uniemożliwiają użytkowanie zgodnie z przeznaczeniem – odstąpić od Umowy lub żądać wykonania przedmiotu odbioru po raz drugi, zachowując przy tym prawo do naliczania kar oraz do domagania się naprawienia szkody wynikłej z opóźnienia.

Przywołany § 17 ust. 8 wzorca umowy jednoznacznie pokazuje, że nie dojdzie do sytuacji gdy w przypadku najdrobniejszej czy nieistotnej wady wynagrodzenie wykonawcy nie stanie się wymagalne, a wykonawca mimo wykonania swojego świadczenia nie będzie mógł go rozliczyć.

Nadto postanowienie § 15 ust. 1 wzoru umowy jest zgodne z art.443 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021r. poz. 1129)

Pytanie 2

Zapisy § 27 Wzoru umowy w szczególności poniższe punkty:

16. *Zmiany wynagrodzenia dokonuje się na podstawie wniosku złożonego przez jedną ze stron Umowy nie wcześniej niż po upływie 12 miesięcy od dnia zawarcia Umowy.*

17. *Zmiana wynagrodzenia przysługuje w przypadku gdy z komunikatów Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego (dalej jako „Prezes GUS”) ogłaszanych po zawarciu Umowy i dotyczących czterech następujących po sobie kwartałów wynika, że suma ogłaszanych wartości zmian cen towarów i usług konsumpcyjnych wynosi więcej niż 5,0%.*

18. *Wniosek o zmianę może dotyczyć wyłącznie wynagrodzenia za prace pozostałe do zrealizowania i odbioru po dniu złożenia wniosku.*

21. *Zwaloryzowana stawka wynagrodzenia znajduje zastosowanie począwszy od kolejnego miesiąca kalendarzowego, następującego po miesiącu, w którym zawarto aneks do Umowy, o którym mowa w ust. 19 powyżej.*

23. *Wartość zmiany wynagrodzenia - Wartość zmiany (WZ) określa się na podstawie wzoru:*

$$WZ = W \times F\%, \text{ przy czym:}$$

24. *W - wynagrodzenie netto za usługi, o których mowa w ust. 18,*

F – średnia arytmetyczna czterech następujących po sobie wartości zmian cen towarów i usług konsumpcyjnych wynikających z komunikatów Prezesa GUS, o których mowa w ust. 17.

26. *Maksymalna zmiana wartości wynagrodzenia Wykonawcy tj. suma wszystkich wprowadzanych zmian na podstawie ww. postanowień nie może przekroczyć łącznie wartości stanowiącej 5% wartości wynagrodzenia, o którym mowa w § 14 ust. 1.*

Naruszenie art. 439 ust. 1 i 2 ustawy PZP wynika z tego, że waloryzacji nie będą mogły podlegać roboty wykonane w pierwszych 12-tu miesiącach od podpisania umowy – czyli 100% wartości zamówienia mając na uwadze, że wykonawca na co najmniej miesiąc przed terminem zakończenia robót powinien mieć wykonany cały zakres robót występując z wnioskiem o pozwolenie na użytkowanie jak również, że zgodnie z pkt. 21 zwaloryzowana stawka wynagrodzenia znajduje zastosowanie począwszy od kolejnego miesiąca kalendarzowego, następującego po miesiącu, w którym zawarto aneks do Umowy. Zakładając, że podpisanie umowy nastąpi 1-go września 2021, wykonawca złoży wniosek o waloryzację 1-go września 2022 to zmiany będą mogły być zastosowane do robót wykonanych od 1-go października 2022 a termin zakończenia głównych robót to 31-wszy października 2022-zadanie 1 i i 30 listopada

2022 – zadanie 2 stanowiące minimalną wartość w stosunku do całości zamówienia. Zmiany wynagrodzenia nie obejmą również okresu od dnia złożenia oferty do dnia podpisania umowy. Termin związania oferta wynosi 90 dni.

Odniesienie do zmian cen towarów i usług konsumpcyjnych wynikających z komunikatów Prezesa GUS również uważamy za nieodpowiednie gdyż nie dają one w obecnej sytuacji odwzorowania faktycznego wzrostu cen produkcji budowlano-montażowej. Podstawa niniejszej analizy powinna być zmienność wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej dla obiektów inżynierii wodnej wynikającego z komunikatów GUS. Jednakże z analizy historycznej zmienności wskaźnika cen produkcji budowlano-montażowej dla obiektów inżynierii wodnej publikowanego przez GUS w ujęciu rok do roku zmiany nie przekroczyły 5% w całym okresie dostępnych danych 2010-2021. Maksymalna zmiana wynosiła 3,7%. Dlatego również ustalenie 5% prognozy wg. zapisów § 27 pkt.17 uważamy za nieadekwatne.

Wszystko to dowodzi, że mechanizm zmian wynagrodzenia zgodnie z obecnymi zapisami wzoru umowy ma charakter pozorny prowadzący do obejścia przepisów art. 436 ust. 1 i 2 ustawy PZP. Wobec powyższego kwestionowane postanowienia umowne powinny zostać zmienione w sposób umożliwiający wykonawcy i zamawiającemu dokonanie zmiany wynagrodzenia w sytuacji zmiany cen kosztów jego wykonania przez cały okres obowiązywania umowy oraz w pełnej wysokości.

Odpowiedź

Zamawiający sformułował postanowienia § 27 wzorca umownego zgodnie z art. 439 ust. 1 i ust. 2 ustawy dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. z 2021r. poz. 1129).

Ustawodawca przewidział dwa alternatywne sposoby ustalania zmiany cen lub kosztów, spośród których Zamawiający może wybrać i wprowadzić do wzorca umownego jako metodę, która zostanie zastosowana w razie nastąpienia zmian. Zamawiający zastosował wskaźnik ogłaszany w komunikacie Prezesa GUS. Jest to wskaźnik szeroko stosowany w praktyce.

Pytanie 3

"Załącznik nr 9 do SWZ- Wzór umowy § 17. Odbiory, rękojmia i gwarancja

22. W ramach rękojmi za wady Wykonawca jest zobowiązany do nieodpłatnej wymiany posadzonych drzew, krzewów, bylin i traw

23. Wykonawca w ramach rękojmi za wady zobowiązany jest do nieodpłatnej poprawy założonego trawnika"

Ze względu na przepisy prawa podatkowego nie używać słowa „nieodpłatnie” zastąpić zwrotem „w ramach ceny umownej”. – obligatoryjnie

Odpowiedź

Zamawiający zmienia postanowienie § 17 ust. 11 wzorca umownego, który otrzymuje brzmienie:

Zamawiający wykonując uprawnienia z tytułu rękojmi może zażądać od Wykonawcy w ramach ceny umownej usunięcia wad w wyznaczonym terminie, bez względu na wysokość związanych z tym kosztów. W tym celu Zamawiający wezwie Wykonawcę pisemnie wskazując zakres i rozmiar koniecznych do usunięcia wad. W przypadku nie usunięcia wad w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie, Zamawiający będzie mógł usunąć wady we własnym zakresie lub przy pomocy strony trzeciej, na ryzyko i koszt Wykonawcy. W przypadku nie wpłacenia w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie oszacowanych przez Zamawiającego kosztów usunięcia wad, zostaną one pokryte

z zabezpieczenia należytego wykonania umowy ustalonego na okres rękojmi. Jeżeli koszt usunięcia wad przekroczy kwotę zabezpieczenia to zapłatę pozostałych poniesionych kosztów Zamawiający będzie dochodził od Wykonawcy na zasadach ogólnych, to jest w myśl przepisów Kodeksu cywilnego.

Wzór umowy stanowiący załącznik nr 10 otrzymuje brzmienie jak w załączeniu.

Pytanie 4

SWZ

XXI. WYMAGANIA DOTYCZĄCE ZABEZPIECZENIA NALEŻYTEGO WYKONANIA UMOWY

4. W przypadku wniesienia zabezpieczenia w innych formach niż pieniądze, Wykonawca przed zawarciem umowy jest zobowiązany przedstawić Zamawiającemu do akceptacji projekt takiego zabezpieczenia. Z jego treści musi wynikać, że wartość zabezpieczenia zostanie wypłacona"

Zwracamy uwagę, że zgodnie z art. 449 ust. 2 Prawa zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm.) zabezpieczenie należytego wykonania umowy służy pokryciu roszczeń z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Jednak niewywiązanie się wykonawcy z warunków umowy choćby w najmniejszym stopniu nie powoduje konieczności zapłaty przez gwaranta na rzecz zamawiającego kwoty równej wysokości zabezpieczenia należytego wykonania umowy, gdyż szkoda może być niższa niż wartość zabezpieczenia. Ponadto kwotę wypłaty z gwarancji podaje się zawsze w żądaniu zapłaty. Jeśli Zamawiający pomylił się i wpisał inną wartość niż opiewa gwarancja to żądanie takie nie jest zgodne z treścią gwarancji i gwarant nie ma podstaw do jego realizacji. Jeśli okaże się, że szkoda była mniejsza niż wypłacona kwota z gwarancji to Zamawiający ma obowiązek zwrócić świadczenie nienależnie wypłacone.

Wnosimy o zmianę/wykreślenie wymogu.

Odpowiedź

Zamawiający nie przychyliła się do postulowanej przez Wykonawcę zmiany. Kwestionowany przez Wykonawcę zapis jest zgodny z art. 449 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021r. poz.1129)

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

Załączniki:

— Załącznik nr 10 do SWZ – wzór umowy 06.08.2021.