



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: 57/PN/2021

Warszawa, dnia 09.08.2021 r.

**Wykonawcy uczestniczący w
postępowaniu nr 57/PN/2021**

dot. postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, pn.: „Dostawa, posadzenie oraz 3 -letnia pielęgnacja drzew w pasach drogowych, na bulwarach wiślanych, na terenach położonych wzdłuż cieków i kanałów w m.st. Warszawie”.

KOMUNIKAT NR 3

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

Par. 3 ust. 14 projektu umowy:

Wykonawca, z zastrzeżeniem ust. 18 poniżej, w ramach gwarancji zobowiązany jest do nieodpłatnej wymiany materiału roślinnego niezgodnego z taksonem, obumarłego lub w złej kondycji zdrowotnej na wolny od wad w nw. przypadkach, gdy w okresie gwarancji stwierdzone zostanie:

- a) obumarcie drzewa w okresie wegetacyjnym;
- b) brak ulistnienia 50% pędów w koronie drzewa;
- c) obumarcie przewodnika drzewa;
- d) brak ulistnienia drzewa stwierdzony po 30 czerwca;
- e) gdy drzewo wytworzy koronę z pąków śpiących;
- f) niezgodność taksonu.

Wystąpienie jednego lub kilku łącznie ww. wad i objawów złej kondycji zdrowotnej kwalifikuje drzewo do wymiany, z wyłączeniem przypadków gdy wady są następstwem działania czynników zewnętrznych niezależnych od Wykonawcy takich jak działania osób trzecich (np. zniszczenie, akty wandalizmu).

Wykonawca zwraca się z prośbą o dokonanie modyfikacji w/w postanowienia poprzez dodanie następujących postanowień na końcu ustępu:

„z wyłączeniem przypadków gdy wskazane w pkt od a do f wady są następstwem działania czynników zewnętrznych niezależnych od Wykonawcy takich jak działania osób trzecich (np. zniszczenie)”.

Odpowiedź:

Zamawiając nie przychyła się do modyfikacji § 3 ust. 14 o treść postulowaną przez Wykonawcę

Pytanie 2

Par. 3 ust. 15 projektu umowy:

W przypadku gdy w okresie do 30 czerwca 2022 roku drzewa nie podejmą wegetacji lub zostaną stwierdzone inne nieprawidłowości wskazane w ust. 14, Wykonawca w ramach gwarancji zobowiązany jest do usunięcia drzew w terminie wskazanym przez Zamawiającego w protokole kontroli i nieodpłatnej wymiany drzew na materiał z bryłą korzeniową o parametrach nie mniejszych i wolny od wad w terminie do 15 listopada 2022 roku.

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

„W przypadku gdy w okresie do 30 czerwca 2022 roku drzewa nie podejmą wegetacji lub zostaną stwierdzone inne nieprawidłowości wskazane w ust. 14, Wykonawca w ramach gwarancji zobowiązany jest do usunięcia drzew w terminie wskazanym przez Zamawiającego w protokole kontroli i nieodpłatnej wymiany drzew na materiał z bryłą korzeniową o parametrach nie mniejszych i wolny od wad w terminie do 15 listopada 2022 roku z wyłączeniem przypadków gdy wskazane w pkt od a do f wady są następstwem działania czynników zewnętrznych niezależnych od Wykonawcy takich jak warunki atmosferyczne lub następstwem działania osób trzecich (np. zniszczenie)”.

Odpowiedź:

Zamawiając nie przychyła się do modyfikacji § 3 ust. 14 o treść postulowaną przez Wykonawcę.

Pytanie 3

Par. 3 ust. 16-18 projektu umowy:

16. W przypadku, gdy w okresie od 1 lipca 2022 roku do 30 października 2022 roku, zostaną stwierdzone nieprawidłowości wskazane w ust. 14 Wykonawca zapłaci karę umowną zgodnie z § 7 ust. 1 lit. f. Wykonawca w ramach gwarancji zobowiązany jest do usunięcia drzew w terminie wskazanym przez Zamawiającego w protokole kontroli i nieodpłatnej wymiany drzew na materiał z bryłą korzeniową, o parametrach nie mniejszych i wolny od wad, w terminie do 15 listopada 2022 roku.

17. W przypadku, gdy w okresie od 30 kwietnia 2023 roku do 30 października 2023 roku zostaną stwierdzone nieprawidłowości wskazane w ust. 14 Wykonawca zapłaci karę umowną zgodnie z § 7 ust. 1 lit. g. Wykonawca w ramach gwarancji zobowiązany jest do usunięcia drzew w terminie wskazanym przez Zamawiającego w protokole kontroli i nieodpłatnej wymiany drzew na materiał z bryłą korzeniową, o parametrach

nie mniejszych i wolny od wad w terminie do 15 listopada 2023 roku.

18. W przypadku, gdy w okresie wegetacyjnym w roku 2024 zostaną stwierdzone nieprawidłowości wskazane w ust. 14 Wykonawca nie wymieni drzew, zaś zapłaci karę umowną zgodnie z § 7 ust. 1 lit. h. Wykonawca zobowiązany jest do usunięcia drzew na własny koszt w terminie wskazanym przez Zamawiającego w protokole kontroli.

Wykonawca wnosi o modyfikację w/w postanowień poprzez wykreślenie postanowień o nałożeniu kary umownej w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości wskazanych w ust. 14. Wykonawca wskazuje, iż w przypadku zastosowania instytucji gwarancji nałożenie kary umownej możliwe jest jedynie w przypadku gdy Wykonawca nie wywiąże się ze zobowiązań gwarancyjnych, a nie w przypadku wystąpienia wad skutkujących obowiązkiem wymiany drzew na wolny od wad. Takie postanowienia umowne są sprzeczne z obowiązującymi przepisami, w szczególności z art. 483 kodeksu cywilnego. Jeżeli któraś ze stron poniesie szkodę przez niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy, druga będzie zobowiązana do zapłacenia sumy wskazanej w umowie - takie uregulowanie zawiera art. 483 § 1 kodeksu cywilnego. W przypadku wymiany przez Wykonawcę drzew na wolne od wad Zamawiający nie poniesie żadnej szkody, zatem brak jest jakichkolwiek podstaw do nałożenia kar umownej. Kara umowna może zostać przewidziana za nieusunięcie nieprawidłowości w wyznaczonym terminie. Stąd wniosek o modyfikację w/w postanowień oraz wykreślenie postanowień par. 7 ust. 1 lit. f,g i h oraz wykreślenie z par. 3 ust. 20 lit. b..

Odpowiedź:

Zamawiając nie przychyła się do modyfikacji § 3 ust. 16-18 o treść postulowaną przez Wykonawcę

Pytanie 4

Par. 3 ust. 21 projektu umowy:

Wykonawca wnosi o wydłużenie terminu z 14 do 30 dni z uwagi na fakt iż materiał roślinny może być niedostępny w tak krótkim czasie.

Odpowiedź:

Zamawiający modyfikuje brzmienie §3 ust.21 „W razie zwłoki dłuższej niż 14 dni, w wymianie drzew lub w usunięciu nieprawidłowości zgodnie z warunkami określonymi w ust. 9, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20 Zamawiający może powierzyć posadzenie, wymianę wadliwych drzew lub usunięcie drzew osobie trzeciej i obciążyć kosztami Wykonawcę.”.

Pytanie 5

Par. 3 ust. 26 projektu umowy:

Wykonawca zobowiązuje się do całkowitego wyeliminowania stosowania dmuchaw podczas wykonywania prac będących Przedmiotem Umowy. W przypadku naruszenia zobowiązania, o którym mowa w zdaniu pierwszym Zamawiający naliczy karę umowną w wysokości 4 000,00 zł za stwierdzone naruszenie. Zamawiający może również odstąpić

od umowy ze skutkiem natychmiastowym.

Wykonawca wnosi o dodanie na końcu ustępu następujących postanowień:

„po uprzednim wyznaczeniu Wykonawcy terminu do zastosowania się do postanowień umownych wynoszącego co najmniej 30 dni i stwierdzeniu że Wykonawca nie zastosował się do wezwania Zamawiającego i w dalszym ciągu używa dmuchaw podczas wykonywania prac”.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę brzmienia § 3 ust.26. Zakaz stosowania dmuchaw jest bezwzględny. Wprowadzony został Zarządzeniem Prezydenta m.st. Warszawy nr 333/2020 z 5 marca 2020r. Wykonawca w swoich uprzednich czynnościach w ramach zawartych umów był zobowiązany do stosowania tego zakazu.

Pytanie 6

Par. 7 ust. 1 lit. D Wykonawca wnosi o wykreślenie następujących słów z w/w postanowienia:

„Niedotrzymanie wyznaczonego przez Zamawiającego terminu będzie skutkowało naliczeniem kary w wysokości 50 zł za każde drzewo za każdy rozpoczęty dzień zwłoki”

Wykonawca wskazuje, iż Zamawiający przewidział już w tym postanowieniu karę umowną w wysokości 100 zł. za każde drzewo. Nie jest zatem możliwe przewidywanie możliwości nałożenia dwóch różnych kar umownych za tę samą okoliczność / zdarzenie. Podwójne liczenie kar umownych za to samo naruszenie jest nadużyciem prawa (przykładowo wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie o Sygn. akt XVI GC 190/15). Innymi słowy, nie można karać wykonawcy niejako podwójnie „za to samo”. Kara umowna, jako surogat odszkodowania, zastrzeżona na wypadek odstąpienia czy tak jak w tym przypadku rozwiązania umowy, ma rekompensować wierzycielowi cały uszczerbek związany z fiaskiem umowy (w tym za zaistniałe wcześniej opóźnienia) i nie powinna stanowić podstawy do dwukrotnego obciążania wykonawcy odpowiedzialnością za tę samą okoliczność faktyczną. Jeżeli zaś okazałoby się, że wysokość tej kary nie rekompensuje całości uszczerbku, wówczas Zamawiającemu pozostaje dochodzenia uzupełniającego, o ile zostało ono zastrzeżone w umowie.

Odpowiedź:

Zamawiając nie przychyła się do modyfikacji § 7 ust. 1 lit. d o treść postulowaną przez Wykonawcę.

Pytanie 7

Par. 7 ust. 2 lit a i b Wykonawca wnosi o wykreślenie w/w postanowień. Kary umowne mogą być nakładane jedynie w sytuacji niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego. W sytuacji gdy obowiązkiem Wykonawcy jest zatrudnienie zgodnie z klauzulą społeczną osób na podstawie umowy o pracę to kary umowne mogą być nakładane wyłącznie w takim przypadku, a nie w przypadku niedostarczenia dokumentów lub wykazów. Takie postanowienia są sprzeczne z istotą zobowiązania jakie zostało nałożone na wykonawcę – związanego z zatrudnieniem.

Odpowiedź:

Zamawiający nie dokona modyfikacji § 7 ust. 2 lit a i b o treść postulowaną przez Wykonawcę.

Obowiązkiem Wykonawcy jest nie tylko zatrudnienie osób do określonych w umowie prac na podstawie umowy o pracę ale także stosownie do art. 438 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019r. poz. 2019) spełnienie oczekiwań Zamawiającego co do udokumentowania wypełnienia tego obowiązku. Nie dostarczenie wymaganych przez Zamawiającego dokumentów stanowi niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania niepieniężnego.

Pytanie 8

Par. 7 ust. 3 Wykonawca wnosi o modyfikację w/w postanowienia i nadanie mu następującego brzmienia:

„łączna wysokość naliczonych Wykonawcy kar umownych o których mowa w ust. 2 ze wszystkich tytułów łącznie nie może przekroczyć 20% wynagrodzenia brutto Wykonawcy określonego w § 5 ust.1”.

Odpowiedź:

Zamawiający modyfikuje brzmienie §7 ust.3. „łączna wysokość naliczonych Wykonawcy kar umownych ze wszystkich tytułów nie może przekroczyć 20% wynagrodzenia brutto Wykonawcy określonego w § 5 ust.1”.

Pytanie 9

Par. 9 ust. 2 Wykonawca wnosi o wykreślenie w/w ustępu z par. 9.

Podwójne liczenie kar umownych za to samo naruszenie jest nadużyciem prawa (przykładowo wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie o Sygn. akt XVI GC 190/15). Innymi słowy, nie można karać wykonawcy niejako podwójnie „za to samo”. Kara umowna, jako surogat odszkodowania, zastrzeżona na wypadek odstąpienia czy tak jak w tym przypadku rozwiązania umowy, ma rekompensować wierzycielowi cały uszczerbek związany z fiaskiem umowy (w tym za zaistniałe wcześniej opóźnienia) i nie powinna stanowić podstawy do dwukrotnego obciążania wykonawcy odpowiedzialnością za tę samą okoliczność faktyczną. Jeżeli zaś okazałoby się, że wysokość tej kary nie rekompensuje całości uszczerbku, wówczas Zamawiającemu pozostaje dochodzenia uzupełniającego, o ile zostało ono zastrzeżone w umowie.

Odpowiedź:

Zamawiający nie dokona modyfikacji § 9 ust. 2 o treść postulowaną przez Wykonawcę. Za rozwiązanie umowy przewidziana jest jedna kara umowna . Wykonawca nie ma racji twierdząc, że mamy do czynienia z podwójnym naliczaniem kar za to samo naruszenie.

Pytanie 10

Par. 14 ust. 5 pkt 1 Wykonawca wnosi o wykreślenie. Przepisy prawa pracy nie wprowadzają żadnej podstawy prawnej na podstawie której Pracodawca mógłby zobowiązać pracownika do złożenia takiego oświadczenia. W związku z powyższym Wykonawca nie może zobligować pracownika do podpisania oświadczenia w sytuacji

gdy pracownik odmówi.

Odpowiedź:

Zamawiający ma przewidziane art. 438 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129) uprawnienie do żądania w szczególności oświadczenia zatrudnionego pracownika. Dlatego Zamawiający nie dokona modyfikacji § 14 ust. 5 pkt. 1 o treść postulowaną przez Wykonawcę.

W związku z powyższym zmianie ulega załącznik nr 11 do SWZ- wzór umowy

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

Marta Chodaniecka
Główny specjalista
ds. zamówień publicznych

Załączniki:

- załącznik nr 11 do SWZ- wzór umowy_09.08.2021