



«Nazwa_firma_i_adres_wykonawcy»

dot. przetargu nieograniczonego ZOM/KP/5/19 na „Ręczne oczyszczanie na terenie m.st. Warszawy”

Zamawiający - Zarząd Oczyszczania Miasta zawiadamia, że do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wpłynęły następujące pytania:

1. § 3 ust. 4 lit. a, c i d wzoru umowy – załącznik nr 4 do SIWZ.

Wykonawca wnosi o zmianę w/w postanowień i wprowadzenie zapisów o konieczności zmiany umowy za zgodą obu stron w formie pisemnego aneksu. Zamawiający przewidział możliwość dowolnego zwiększenia lub ograniczenia i wyłączenia zakresu prac zleczanych Wykonawcy, przy czym w § 3 ust. 4 lit. d wzoru umowy – zawarł postanowienie wzajemnie się wykluczające (tzn. w jednym przypadku za zgodą Wykonawcy). Takie postanowienie jest sprzeczne z przepisami ustawy PZP, która wymaga aby Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób rzetelny i zagwarantował Wykonawcy który dokonuje kalkulacji wynagrodzenia i stawek jednostkowych w oparciu o ilości wskazane w SIWZ. Dowolne zmiany w tym zakresie powodują, iż Wykonawca nie ma pewności jaki zakres zostanie mu realnie zlecony.

Ponadto, wyjaśnić Zamawiającemu należy, że dla Wykonawcy nie ma znaczenia, czy zmiana dotyczy zmian częstotliwości oczyszczania (w zależności od powstających zanieczyszczeń) czy też zmiana dotyczy modyfikacji powierzchni oczyszczania spowodowanej zwiększeniem czy też dodania do zakresu oczyszczania nowo powstałych przystanków lub torowisk – każda ze zmian wymienionych powyżej skutkuje zwiększeniem zakresu prac jaki ma wykonać Wykonawca. Niezrozumiałe jest zatem rozróżnienie Zamawiającego, że w przypadku zmian określonych w §3 ust. 4 lit. a i c wzoru umowy – zgoda Wykonawcy nie jest wymagana, a w przypadku zmiany z §3 ust. 4 lit. d wzoru umowy – zgoda Wykonawcy jest już wymagana.

Podkreślenia wymaga, że co do zasady, w granicach zasady swobody kształtowania umów (art. 353¹ Kodeksu cywilnego), do umowy można wprowadzić zapis dotyczący możliwości zwiększenia / zmniejszenia ilości niektórych pozycji asortymentowych czy usług, przy równoczesnym zmniejszeniu / zwiększeniu ilości innych pozycji asortymentowych czy usług – jednak zmiany te powinny mieścić się w granicach wyrażonych przez Zamawiającego, np. procentowo – 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 drobnymi przedsiębiorcy ale na wskutek wprowadzonego zakazu przez zamawiającego mogą zaopatrywać się tylko u zamawiającego. W ocenie Izby nie jest to nieuprawnione stanowisko zamawiającego ze względów bezpieczeństwa obrotu urzędzeniami 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.

2. § 6 ust. 2 wzoru umowy – załącznik nr 4 do SIWZ.

Wykonawca wnosi o doprecyzowanie postanowienia umownego. Aby móc wziąć udział w kontroli, przedstawiciel Wykonawcy musi zostać o niej powiadomiony. Wobec powyższego, brak doprecyzowania w.w postanowienia skutkuje brakiem możliwości uzyskania informacji przez przedstawiciela Wykonawcy o trwającej kontroli. Wykonawca proponuje zmianę ostatniego zdania w/w postanowienia: *Osoba ze strony Wykonawcy może brać udział w kontroli również bez wezwania Zamawiającego – w tym celu Zamawiający poinformuje Wykonawcę o przewidywanym miejscu i terminie kontroli nie później niż na 30 min przed planowaną godziną rozpoczęcia kontroli, umożliwiając tym samym dobrowolny udział przedstawiciela Wykonawcy w kontroli.*

3. § 6 ust. 14 wzoru umowy – załącznik nr 4 do SIWZ.

Wykonawca wnosi o doprecyzowanie postanowienia umownego. Wykonawca wskazuje, że w trakcie realizacji prac mogą wystąpić zdarzenia lub warunki atmosferyczne uniemożliwiające ich wykonanie w określonym czasie. Kary umowne wskazane w § 6 ust. 3-13 wzoru umowy odnoszą się do nieterminowego wykonania prac w charakterze opóźnienia a nie zwłoki. W przypadku takiej konstrukcji kar umownych, niezależnie od tego, czy winę za nieterminowe wykonanie prac ponosi Wykonawca czy nie – kara umowna może zostać przez Zamawiającego naliczona. Skoro, w §3 ust. 5 wzoru umowy Zamawiający zastrzegł możliwość wystąpienia warunków atmosferycznych utrudniających wykonanie prac w określonych terminach – Wykonawca wnosi o zawarcie tożsamego postanowienia również w treści § 6 ust. 14 wzoru umowy. Wykonawca proponuje dodanie do w/w postanowienia następującego zdania: *W przypadku wystąpienia zdarzeń (np. wypadek komunikacyjny) lub warunków atmosferycznych, które utrudniają wykonanie prac w terminach określonych w załączniku nr 1 lub nr 2 do umowy, za których przekroczenie może zostać naliczona kara umowna, o której mowa w ust. 3-13 - na wniosek Wykonawcy złożony przed upływem terminu na wykonanie prac, Zamawiający może przedłużyć termin wykonania poszczególnych prac określonych w załączniku nr 1 lub nr 2 do umowy.*

4. § 6 ust. 3-13 wzoru umowy – załącznik nr 4 do SIWZ.

W przypadku niewyrażenia zgody przez Zamawiającego na zmianę postanowienia umownego, o której mowa w pkt 3 powyżej, Wykonawca wnosi o modyfikację postanowień § 6 ust. 3-13 wzoru 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 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 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 należyłą 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 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”.

5. § 6 ust. 3-13, ust. 15 – 26 wzoru umowy – załącznik nr 4 do SIWZ.

Wykonawca wnosi o obniżenie poziomu zastosowanych kar umownych co najmniej o połowę przewidzianych w tych postanowieniach wysokości z uwagi na ich rażąco wygórowaną wysokość (mając na uwadze, że kary umowne odnoszą się do poszczególnych pozycji wskazanych w zleceniu wykonania prac lub każdego pracownika / każdej jednostki sprzętu) lub ustalenia wysokości kar umownych jako procent od ceny jednostkowej danej pozycji w kosztorysie szczegółowym dla danego rejonu (przy czym w przypadku braku odpowiedniej pozycji w kosztorysie szczegółowym – ustalenie kary umownej jako połowy aktualnie przewidzianej wartości kary).

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 współżycia 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 współżycia 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 żywienia 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 przewidywanego wynagrodzenia za wykonanie poszczególnych rodzajów usług). Wykonawca zwraca Zamawiającemu uwagę na fakt, że sam Zamawiający uzależnił możliwość odstąpienia od umowy w przypadku, gdy suma kar w jednym okresie rozliczeniowym przekroczy 50% wartości brutto zleconych prac (§10 ust. 4 lit. a wzoru umowy) – skoro Zamawiający przewiduje taką możliwość, wysokość kar umownych nie może być ustalana w oderwaniu od wysokości wynagrodzenia Wykonawcy należnego za te prace. Aktualnie ukształtowanie kar umownych jest niewspółmiernie wysokie do potencjalnego wynagrodzenia, jakie Wykonawca mógłby określić za poszczególne pozycje w kosztorysie szczegółowym.

6. § 6 ust. 28 wzoru umowy - załącznik nr 4 do SIWZ.
Wykonawca wnosi o doprecyzowanie postanowienia umownego w zakresie wskazania terminu na przesłanie faksem informacji o usunięciu nieprawidłowości wskazanych w protokole kontroli. Wykonawca proponuje zmianę w/w postanowienia na następujący: *Usunięcie nieprawidłowości wskazanych w protokole kontroli należy zgłosić telefonicznie przedstawicielowi Zamawiającego przeprowadzającemu kontrole a następnie potwierdzenie usunięcia nieprawidłowości faxem (na Stanowisko Operacyjno - Decyzyjne Zarządu Oczyszczania Miasta wskazane w § 11 ust. 7 pkt. e umowy). Zgłoszenie faxem usunięcia nieprawidłowości musi zawierać: numer rejonu, numer umowy, numer zakwestionowanej pozycji z załącznika nr 1 do umowy bądź pozycji ze zlecenia wraz z dokładną godziną usunięcia nieprawidłowości. Wykonawca obowiązany jest przestać zgłoszenie faxem nie później niż dnia następnego po dniu w którym odbyła się kontrola.*
7. załącznik nr 2 do wzoru umowy (załącznik nr 4 do SIWZ) - standardy jakościowe wykonywanych prac oraz warunki techniczne realizacji umowy; Część I pkt 2 lit. a - obowiązek dysponowania określoną liczbą pracowników do wykonywania prac oczyszczania w sezonie zimowym
Wykonawca wnosi o usunięcie wymogu dysponowania określoną minimalną ilością pracowników. W świetle art. 29 ust 3a ustawy PZP - Zamawiający określa „wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy”. W wyroku z dnia 26 marca 2018 r., KIO 411/18, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że zarówno w art. 29 ust. 3a ustawy PZP jak i art. 29 ust. 4 ustawy PZP ustawodawca posłużył się pojęciem „wymagania” i aby zidentyfikować zakres tego pojęcia na gruncie każdego z tych przepisów należy sięgnąć do art. 36 ust. 2 pkt 8 ustawy PZP, gdzie ustawodawca wskazał jakie wymagania określa w szczególności zamawiający w przypadku art. 29 ust. 3a ustawy PZP i są to:
- (a) sposobu dokumentowania zatrudnienia osób, o których mowa w art. 29 ust. 3a;
 - (b) uprawnienia zamawiającego w zakresie kontroli spełniania przez wykonawcę wymagań, o których mowa w art. 29 ust. 3a, oraz sankcji z tytułu niespełnienia tych wymagań;
 - (c) rodzaju czynności niezbędnych do realizacji zamówienia, których dotyczą wymagania zatrudnienia na podstawie umowy o pracę przez wykonawcę lub podwykonawcę osób wykonujących czynności w trakcie realizacji zamówienia.
- Natomiast z art. 29 ust. 4 ustawy PZP skorelowany jest art. 38 ust. 2 pkt 9 ustawy PZP, z którego wynika, że zamawiający określa w w szczególności:
- (a) liczbę i okres wymaganego zatrudnienia osób, których dotyczą te wymagania;
 - (b) uprawnienia zamawiającego w zakresie kontroli spełniania przez wykonawcę wymagań, o których mowa w art. 29 ust. 4, oraz sankcji z tytułu niespełnienia tych wymagań.
- W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej w w/w wyroku z porównania tych dwóch regulacji mimo tego, że katalog obu nie jest zamknięty, wynika jednak, że celem art. 29 ust. 3a ustawy PZP było nałożenie na zamawiających obowiązku oceny, czy czynności, które będą na jego rzecz wykonywane w ramach realizacji zamówienia publicznego, powinny być wykonywane w ramach stosunku zatrudnienia na umowę o pracę, a które takiego charakteru nie mają i z ich specyfiki wynika, że będą świadczone w oparciu o umowy cywilnoprawne jak np. zlecenie, umowa o dzieło, czy kontrakt menedżerski.
- Jeśli na zamówienie publiczne składają się czynności, których realizacja odpowiada stosunkowi pracy, wówczas zamawiający ma obowiązek wskazać je w opisie przedmiotu zamówienia oraz wyegzekwować od wykonawcy, aby w ramach ich świadczenia zatrudniał on pracowników w rozumieniu Kodeksu pracy. Tym samym istotą tego przepisu nie są pracownicy jako osoby, ale rodzaje świadczeń dla których wykonawca nie może unikać zatrudnienia w ramach stosunku pracy.
- Uwzględniając powyższe, dla egzekucji obowiązku nałożonego przez Zamawiającego w pkt III ppkt 2 SIWZ - nie jest konieczne, aby wykonawca zatrudniał konkretną liczbę pracowników, ale to, aby pracownicy mający w zakresie swoich obowiązków czynności wskazane przez zamawiającego byli zatrudnieni na umowę o pracę. Przeciwnie w przypadku osób bezrobotnych, czy młodocianych, niepełnosprawnych lub w inny sposób marginalizowanych, gdzie istotą jest aktywizacja zawodowa konkretnych osób w ramach określonych grup społecznych i w takim przypadku istotna jest ilość tych osób i okres ich zatrudnienia, a nie czynności jakie faktycznie przy realizacji zamówienia publicznego świadczą - jednakże Zamawiający nie postawił żadnych wymogów odnoszących się do art. 29 ust. 4 ustawy PZP. Z analizy przepisów ustawy PZP wynika wprost, że Zamawiający z mocy art. 29 ust. 3a ustawy PZP nie może narzucić wykonawcy ilości osób zatrudnionych na umowę o pracę - dla zatrudnienia na umowę o pracę ustawodawca nie przewidział tak dalece idącej ingerencji w stosunki właścicielskie Wykonawcy, jakby chciał tego Zamawiający.
8. Czy Wykonawca zobowiązany jest do utrzymania stałej liczby pracowników na danym rejonie wykonującym prace zimowego ręcznego oczyszczania w wariantcie AZ, w trakcie ciągłego opadu śniegu (dotyczy Załącznika Nr 2 do Wzoru Umowy pkt. 2, ppkt a)?)
9. Jaką powierzchnię wyrażoną w m² zimowego i letniego oczyszczania w wariantcie AL., Zamawiający przewiduje na sprzątnięcie przez 1 pracownika?
10. Uprzejmie prosimy o wyjaśnienie - Załącznik nr 2 do wzoru umowy „Standardy jakościowe wykonywanych prac oraz warunki techniczne realizacji umowy, część II ust. 3 pkt. 3.2 oraz część III ust. 3 pkt. 3.3 uprzątnięcie wszystkich odpadów i niedopałków papierosów za wiatą przystankową - jaką

odległość za wiatą przystankową należy doczyścić? Czy w ten obszar wchodzi teren utwardzony za wiatą, czy również teren zieleni? A jeśli należy oczyścić również teren zieleni to prosimy o dokładne podanie powierzchni oczyszczania (długość i szerokość).

11. Uprzejmie prosimy o wyjaśnienie - Załącznik nr 2 do wzoru umowy „Standardy jakościowe wykonywanych prac oraz warunki techniczne realizacji umowy część II realizacja prac zimowego oczyszczania pkt. 3.1. wariant AZ, Wykonawca prosi o wyjaśnienie, czy w przypadku sytuacji w której po wykonanym zimowym oczyszczaniu danej trasy zostanie ona ponownie zanieczyszczona przez np. pługoposypywarke lub inne pojazdy to czy Wykonawca musi wykonać ponowne oczyszczanie i czy Zamawiający dodatkowo mu za to zapłaci?
12. Zamawiający w zał. Nr. 2 do wzoru umowy w cz. I pkt. 2 zobowiązał wykonawcę do dysponowania min. ilością pracowników (osób zatrudnionych) do wykonywania prac oczyszczania w sezonie zimowym w wariantcie AZ na poszczególnych częściach.
Szczegółowa analiza wielkości powierzchni oczyszczanych w wariantcie AZ kat. A i kat. B dla niektórych części (Zał. Nr. 1 do wzoru umowy) wskazuje, że powierzchnia oczyszczanych terenów (chodników, przejść dla pieszych, przystanków komunikacji) kat. A stanowi jedynie 20%-25% całkowitej powierzchni terenów oczyszczanych. Tymczasem Zamawiający żąda podobnej ilości pracowników w tych częściach dla kat. A i kat. B. (np. cz. X - Targówek, cz. XI- Praga Północ).
Jakim kryterium (jakościowym, ilościowym, innym) kierował się Zamawiający przy określeniu ilości pracowników dla tras kat. A i kat. B? Uważamy, że narzucanie przez Zamawiającego dysponowania określonymi ilościami pracowników dla poszczególnych części Zamówienia znacznie podniesie koszty wykonania Zamówienia. Wnosimy o wykreślenie pkt. 2 załącznika Nr. 2 do wzoru umowy.
13. W § 6 pkt. 3-6 wzoru umowy (załącznik Nr. 4 do SIWZ) Zamawiający przewiduje naliczanie kar w odpowiedniej wysokości od 50 zł do 200 zł „w odniesieniu do trasy których nieprawidłowości dotyczą” bez względu na wielkość trasy. Wykonawca za nieprawidłowo oczyszczoną trasę o powierzchni np. 2000 m² zapłaci taką samą karę jak za trasę o powierzchni np. 50 m². Zdaniem wykonawcy takie określenie wysokości kary wiąże się nieadekwatnym odniesieniem kary do wielkości trasy (proporcjonalność przychodu do kary).
14. Wnosimy o zmianę zapisów umowy w ten sposób, aby wysokość kar odnosiła się odpowiednio do powierzchni oczyszczanych tras w okresie zimowym i letnim. Zgodnie z zapisem Załącznika Nr 2 do wzoru umowy- część VII WYWÓZ ŚNIEGU w pkt. 1 Zamawiający scedował pozyskanie miejsca składowania śniegu na Wykonawcę. Zdaniem Wykonawcy zapis ten jest niezgodny z ustawą o utrzymaniu porządku i czystości w gminach (Dz. U. z 1996 r. Nr 132 poz. 622 z późn. zm.) Wskazanie miejsca składowania odpadów z terenów należących do j.s.t. należy do tychże jednostek (w tym przypadku Prezydenta m.st. Warszawy). Wnosimy o zmianę tego zapisu na: Miejsce składowania śniegu wskaże Zamawiający.
15. W przypadku wystąpienia opadów śniegu w okresie od 1 kwietnia 2020 do 30 września 2020 i przed 1 listopada 2019 r. Zamawiający może zlecić wykonanie prac zimowego oczyszczania. Czy Zamawiający będzie wówczas wymagał od wykonawców takich samych standardów wykonywania prac zimowego utrzymania jak w okresie od 1 listopada 2019 r. do 31 marca 2020 r.?
W okresie przed 1 listopada 2019 r. i po 1 kwietnia 2020 r. wykonawcy nie dysponują taką samą ilością osób jak w okresie 1 listopada 2019 r. – 31 marca 2020 r. zatem utrzymanie tych standardów oraz wykazaniem się ilością osób wskazanych w Cz. I pkt. 2 Zał. Nr. 2 do wzoru umowy będzie niemożliwe do uzyskania.
16. W dniu 22 lutego 2018 r. weszła w życie ustawa o elektromobilności i paliwach alternatywnych z dnia 11 stycznia 2018 r. zgodnie z którą jednostki samorządu terytorialnego będą wymagać od wykonawców spełnienia min. 10% poziomu pojazdów elektrycznych lub napędzanych gazem przy wykonywaniu zadań publicznych zleconych przez te jednostki. Czy planowane zamówienie na „Ręczne oczyszczanie na terenie m.st. Warszawy” w okresie od 01 października 2019 r. do 30 września 2020 r. będzie podlegało zapisom tej ustawy?
17. W Zał. Nr. 2 do wzoru umowy w cz. II – Realizacja prac zimowego oczyszczania w wariantcie AL pkt. 3.2. ppkt. 3.2.2. Zamawiający żąda od wykonawcy podziału pozycji sprzątanym raz w tygodniu na 3 proporcjonalne części sprzątane w 3 dni w tygodniu nie następujące po sobie. Wykonawca uważa, że taki zapis jest niekorzystny dla Wykonawcy w przypadku wystąpienia wariantu AZ oraz powoduje wzrost kosztów zarówno po stronie Zamawiającego jak i Wykonawcy. Wnosimy o wykreślenie tego zapisu.

W odpowiedzi na pytania Zamawiający - Zarząd Oczyszczania Miasta informuje:

ad 1

W § 3 ust. 4 wzoru umowy przewidziano możliwość modyfikacji wielkości oczyszczanych powierzchni (lit. a; b) w przypadkach niezależnych od zamawiającego i wynikających z natury funkcjonowania miasta np. czasowa zmiana lokalizacji przystanku, zmiana przebiegu chodnika z uwagi na naprawy, wygrozdzenia

itp. Są to drobne korekty nie nakładające nowych obowiązków na wykonawcę, których dokonanie w formie aneksu do umowy jest nieracjonalne.

Natomiast zmiany dot. zwiększenia zakresu bądź nakładu prac, takie jak zmiana częstotliwości lub dodanie nowych powierzchni oczyszczania wymagają zgody wykonawcy - (lit.d), lub zgodnie z sugestią zawartą w pytaniu „mieszczą się w granicach wyrażonych przez Zamawiającego” tj. 3 000 m² - (lit. c).

ad 2

§ 6 ust. 2 wzoru umowy otrzymuje brzmienie:

„2. Na żądanie Zamawiającego Wykonawca jest zobowiązany do skierowania upoważnionej osoby do udziału w kontroli we wskazanym miejscu. Czas stawienia się pracownika Wykonawcy do udziału w kontroli nie może przekroczyć 2 godzin od wezwania.”

ad 3

Zapis § 3 ust. 5 wzoru umowy dotyczy całej umowy, a więc wszystkich wykonywanych przez Wykonawcę prac, w tym usunięcia nieprawidłowości.

ad 4

Pojęcia opóźnienia i zwłoki są ukształtowane w prawie cywilnym. Uprawnienie stron do rozszerzenia kodeksowej odpowiedzialności za zwłokę dłużnika w spełnieniu świadczenia wynika z art. art. 473 § 1 KC. Zastrzeżenie kary umownej za opóźnienie oznacza, iż dłużnik ponosi odpowiedzialność za każdy przypadek niewykonania zobowiązania, przyczyny powodujące niedotrzymanie przez dłużnika terminu wykonania zobowiązania nie mają znaczenia dla obowiązku zapłaty kary umownej.

Naliczanie kar umownych za opóźnienie jest klasycznym przykładem zastosowania rozszerzonej odpowiedzialności dłużnika za uchybienie terminu wykonania świadczenia określonego w umowie. Powyższe rozwiązanie jest powszechnie przyjęte w obrocie gospodarczym oraz mieści się w granicach swobody stron w konstruowaniu stosunku cywilnoprawnego.

W oparciu o art. 473 § 1 KC strony mogą umownie rozszerzyć odpowiedzialność dłużnika. Jeżeli strony zastrzegły kary umowne w każdym wypadku niewykonania zobowiązania, bez znaczenia dla obowiązku zapłaty kary umownej są przyczyny, które spowodowały niedotrzymanie przez dłużnika terminu wykonania zobowiązania.

Ukształtowanie przez zamawiającego stosunku cywilnoprawnego w oparciu o rozwiązania prawne wprost przewidziane w przepisach Kodeksu cywilnego, nie może być uznane za działanie niedopuszczalne.

ad 5 i 13

Zamawiający podtrzymuje wysokość kar określonych w § 6 wzoru umowy.

ad 6

Wykonawca zobowiązany jest do niezwłocznego wysłania faksu informującego o usunięciu nieprawidłowości, ponieważ nie zawsze pracownik dokonujący kontroli będzie brał udział w rekontrolu prac. W takiej sytuacji to Stanowisko Operacyjno – Decyzyjne Zarządu Oczyszczania Miasta, na podstawie faksu od Wykonawcy rozdysonuje prace związane z rekontrolą.

ad 7, 8, 9, 12

Część I ust 2 pkt a) załącznika nr 2 do wzoru umowy otrzymuje brzmienie:

„a) pracownikami do wykonywania prac oczyszczania w sezonie zimowym w liczbie gwarantującej realizację prac wg. standardów i w terminach określonych w niniejszym załączniku do umowy.”

ad 10

Wykonawca nie ma obowiązku oczyszczać trawnika, z wyjątkiem sytuacji opisanej w § 6 ust. 13 wzoru umowy tj. zanieczyszczenia zmiotkami terenów przyległych do powierzchni oczyszczanych.

Wykonawca ma obowiązek oczyścić całą utwardzoną powierzchnię przystanku aż do trawnika lub granicy ciągu pieszego lub rowerowego jeżeli taki bezpośrednio przylega do powierzchni przystanku.

ad 11

Zgodnie z Częścią II ust. 3 pkt 3.1.6 załącznika nr 2 do wzoru umowy prace zimowego oczyszczania w wariantcie AZ rozliczane będą zgodnie ze zryczałtowaną stawką za 100 m² oczyszczonej powierzchni w ciągu doby, niezależnie od ilości podejmowanych przez Wykonawcę w tym czasie działań.

ad 14

W ocenie Zamawiającego obecny zapis SIWZ, zgodnie z którym Wykonawca jest zobowiązany do zapewnienia miejsca składowania śniegu, jest zgodny z przepisami ustawy o utrzymaniu porządku i czystości w gminach oraz Regulaminem utrzymania czystości i porządku na terenie m.st. Warszawy. W związku z tym Zamawiający podtrzymuje obecne zapisy.

ad 15

Zgodnie z Częścią II ust. 1 pkt 1.2 załącznika nr 2 do wzoru umowy w okresie od 1 kwietnia 2020 roku do momentu wygaśnięcia umowy tj. do 30 września 2020 roku, w przypadkach nagłego załamania warunków atmosferycznych, Zamawiający zlecał będzie realizację prac wg. wariantu AZ jedynie na terenach szczególnie zagrożonych zimowymi warunkami atmosferycznymi takimi jak kładki dla pieszych, schody itp. Standard wykonywania prac powinien być taki jak w sezonie zimowym.

ad 16

Świadczeniem Wykonawcy w niniejszym postępowaniu jest ręczne oczyszczanie wyznaczonych powierzchni niewymagające użycia pojazdów mechanicznych.

ad 17

Część II ust 3 pkt 3.2 ppkt 3.2.2 załącznika nr 2 do wzoru umowy otrzymuje brzmienie:

„3.2.2. Częstotliwości realizacji prac dla poszczególnych pozycji określone są w załączniku nr 1 do umowy. Wykonawca ma obowiązek najpóźniej do dnia **29 października 2019 r.** złożyć pisemną informację o przyjętych dniach sprzątnięcia dla poszczególnych pozycji załącznika nr 1 do umowy przy założeniu, iż w przypadku częstotliwości trzy razy w tygodniu oraz dwa razy w tygodniu prace nie mogą być realizowane dzień po dniu.

Złożona informacja o przyjętych dniach sprzątnięcia dla poszczególnych pozycji załącznika nr 1 do umowy wymaga akceptacji przez Zamawiającego. W przypadku nie złożenia takiej informacji przez Wykonawcę dni oczyszczania zostaną ustalone przez Zamawiającego.”