

WYKONAWCY

Dotyczy przetargu: „Usługi kompleksowego sprzątania i bieżącego utrzymywania w należytej czystości i stanie higieniczno - sanitarnym krytej pływalni WODNIK Miejskiego Ośrodka Sportu i Rekreacji w Czechowicach – Dziedzicach”

Znak postępowania: ZP 2312/1/2020

W związku z pytaniami złożonymi przez Wykonawcę w sprawie treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zgodnie z art. 38 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) przekazujemy odpowiedzi na zadane pytania.

Pytanie nr 1:

Prosimy o modyfikację lub usunięcie § 8 ust. 3a Wzoru Umowy, zgodnie z którym Zamawiający ma prawo do ograniczenia usługi, za co „Wykonawcy nie przysługuje wynagrodzenie za okres odpowiadający okresowi zawieszenia działalności Krytej Pływalni „Wodnik” z przyczyn niezależnych od Zamawiającego. Przez przyczyny niezależne od Zamawiającego rozumie się zdarzenie bądź połączenie zdarzeń lub okoliczności, niezależnych od Zamawiającego, które zasadniczo utrudniają lub uniemożliwiają prowadzenie działalności Krytej Pływalni „Wodnik”, a których Zamawiający nie mógł przewidzieć ani im zapobiec lub przezwyciężyć poprzez działanie z dochowaniem należytej staranności, w szczególności ogłoszenie stanu zagrożenia epidemicznego i/lub stanu epidemii/pandemii i związane z tym ograniczenia administracyjne, w tym zawieszenie działalności podmiotu na skutek wprowadzonych aktów prawnych oraz decyzji administracyjnych.”

W uzasadnieniu uprzejmie wskazujemy, iż Wykonawca winien mieć gwarancję uzyskiwania zleceń w zakresie wynikającym z SIWZ i umowy, gdyż Wykonawca kalkuluje ofertę w oparciu o konkretny opis przedmiotu zamówienia, a nadto ponosi koszty gotowości do świadczenia usługi. Jednostronna modyfikacja umowy przez Zamawiającego w skrajnych przypadkach może prowadzić do nieopłacalności całego przedsięwzięcia ze strony Wykonawcy. W konsekwencji wszelkie zmiany niniejszej umowy dotyczące zakresu przedmiotu świadczenia winny wymagać zgody obu stron umowy oraz formy pisemnego aneksu.

Pragniemy nadmienić, że zapis w obecnym brzmieniu narusza przepisy prawa w zakresie art. 29 ust. 1, 2 w zw. z art. 7 ust. 1, poprzez wadliwe opisanie przedmiotu zamówienia, polegające na nieokreśleniu minimalnego poziomu zamówienia, który zostanie na pewno zrealizowany, co w konsekwencji nie pozwala wykonawcom na rzetelne i właściwe dokonanie wyceny oferty.

Co więcej zmiana umowy jest dopuszczalna o ile została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postaci jednoznacznych postanowień umownych, które określają ich zakres, w szczególności możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, i charakter oraz warunki wprowadzenia zmian. Skuteczny i zgodny z prawem opis klauzuli dot. zmiany, w tym ograniczenia zakresu rzeczowego umowy, wymaga więc „jednoznacznych postanowień umownych, które określają ich zakres”. Załącznik nr 1 do siwz, projekt umowy par.8 ust. 3a w obecnym brzmieniu, dopuszcza dowolne ograniczenie zamówienia. Tym samym par. 8 ust. 3a projektu umowy nie stanowi klauzuli, o której mowa w art. 144 ust. 1 pkt 1 pzp, gdyż nie spełnia wymogu, co do jednoznacznego opisu zakresu zmiany. Dopuszczalna wielkość zmiany jest nieograniczona, co narusza wymogi ww. klauzuli, a nadto stanowi przejaw nadużycia prawa podmiotowego (prawa do kształtowania postanowień umownych) przysługujących Zamawiającemu.

Mając powyższe na uwadze wskazuję, że podtrzymanie przez Państwa decyzji o pozostawieniu brzmienia zapisów umowy o ograniczeniu wielkości zamówienia bez określenia jego minimalnego lub maksymalnego poziomu, w świetle prawa jest interpretowane jako częściowe wypowiedzenie umowy. Faktyczne znaczenie czynności ograniczanie, stanowi rezygnację z identyfikowalnych i zamkniętych elementów zakresu zobowiązania umownego. Tym samym część kontraktu utraciłaby zarówno dla Państwa jak i dla Wykonawcy zasadniczy cel i znaczenie oraz sens gospodarczy, dla którego umowa została zawarta. Biorąc pod uwagę brak wielkości ograniczenia, nie ma również wątpliwości, że taka zmiana nie stanowi korekty wielkości zamówienia dopuszczalnej w ramach zwykłych stosunków gospodarczych i akceptowanych Prawem zamówień publicznych.

W wyroku z dnia 13 września 2005 r., V Ca 1110/04 (zob. m. in. w KIO 2135/13; KIO 2136/13; KIO 2163/13; KIO 298/11, KIO/1756/10) Sąd Okręgowy w Warszawie zwrócił uwagę, że „wykonawcy, przystępując do postępowania przetargowego, dokonują analizy kosztów, która wpływa następnie na wysokość ceny, a ta z kolei jest jednym z podstawowych kryteriów oceny ofert. W zależności od wielkości zamówienia dostawca może wprowadzić określone rabaty. Musi mieć zatem pewność, że zrealizuje w przyszłości (...) zamówienie w pewnym minimalnym zakresie. Dlatego też sąd uznał, że zapisy projektu umowy winny być zmodyfikowane w taki sposób, aby dostawca, stosując zasadę pewności obrotu i możliwości zaplanowania sprzedaży na określonym poziomie, miał pewność, że zawarta umowa pozwoli mu sprzedać, co najmniej określoną część zamówionej ilości towaru”.

Co do zasady umowy w sprawach zamówień publicznych zawierane są na czas oznaczony, a cechą takich umów jest ich trwałość rozumiana w ten sposób, że przepisy Pzp nie przewidują możliwości dowolnego rozwiązywania takich umów zarówno przez zamawiającego, jak i wykonawcę. Jeżeli taka umowa jest wykonywana należycie, to powinna obowiązywać do upływu terminu jej wykonywania. W wyroku z dnia 22 stycznia 2014 r., KIO 24/14, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że „Cechą tego stosunku zobowiązaniowego jest trwałość, rozumiana w ten sposób, że ustawa nie przewiduje możliwości dowolnego rozwiązywania tego stosunku przez żadną ze stron. Jest to całkowicie zrozumiałe, biorąc pod uwagę, iż wykonawcy mogą racjonalnie skalkulować cenę, wysokość opłat oraz inne parametry finansowe, a także przewidzieć ryzyko związane z kontraktem (w tym ryzyko czy poniesione przez nich nakłady zostaną zrekomensowane przychodami uzyskanymi w określonym okresie obowiązywania umowy), jedynie wówczas, gdy mogą przewidzieć, przez jaki odcinek czasu strony umowy pozostaną nią związane”. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła również, że z przepisów Pzp nie wynika zakaz stosowania przepisów kodeksu cywilnego w przypadku postanowień umowy dotyczących możliwości wypowiedzenia umowy. „Ustawodawca w Pzp nie przewidział odrębnej kompleksowej regulacji dotyczącej wcześniejszego zakończenia umowy i zezwolił w tym zakresie na odnośnienie się do przepisów Kodeksu cywilnego. Ustawodawca w art. 145 ust. 1 Pzp przewidział jedynie szczególny przypadek odstąpienia od umowy przez Zamawiającego w sytuacji, gdy realizacja zamówienia przestała leżeć w interesie publicznym”. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że „Odwołujący słusznie kwestionował warunek zastrzeżony jedynie na rzecz zamawiającego, że „Zamawiający uprawniony jest do wcześniejszego wypowiedzenia Umowy przy zachowaniu 3-miesięcznego okresu wypowiedzenia ze skutkiem na koniec miesiąca kalendarzowego, a przy tym „Wykonawcy nie przysługują żadne roszczenia z tytułu wcześniejszego rozwiązania Umowy przez Zamawiającego”. Wykonawca musi mieć pewność - wynikającą z oszacowania kosztów i zysków, opartych na założeniu świadczenia usługi przez przewidziany w umowie czas - rentowności tego kontraktu, przy zdefiniowanym przynajmniej minimalnym gwarantowanym zakresie tego zamówienia”. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, „zastrzeżenie bezwarunkowej możliwości 3 miesięcznego wypowiedzenia przez zamawiającego danego rodzaju umowy - nie jest dopuszczalne, z punktu widzenia osiągnięcia celów, którym służą umowy realizacyjne zamówień publicznych i bez ustalenia zasad rozliczeń z tym związanych. Sytuacja taka może spowodować, iż ustalone ceny oferty, mimo, że rentowne przy założeniu 36 miesięcznego okresu realizacji umowy, mogą się okazać przynoszące stratę, gdyby zamawiający zdecydował się wypowiedzieć umowę np. po 6-cio miesięcznym okresie jej obowiązywania”. Krajowa Izba Odwoławcza uznała również, że

„Na uwagę zasługiwała też argumentacja odwołującego, że postanowienie o możliwości dowolnego rozwiązania umowy może stanowić instrument nacisku, np. w celu dokonywania niekorzystnych dla wykonawcy zmian umowy (...)” oraz że „Nieuprawnione zawężanie dostępu do zamówienia - poprzez działania zamawiającego bezpośrednie, lub o skutku równoważnym, jak stwarzanie nadmiernego ryzyka podjęcia się danego zamówienia - muszą być uznane za zaprzeczające wytycznym art. 29 ust. 2 P.z.p., że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję. Mogą bowiem mieć wpływ na wynik postępowania, który zawsze jest pochodną ilości złożonych ofert i proponowanych cen za zrealizowanie zamówienia.”.

Mając na uwadze powyższe prosimy o wprowadzenie zapisów określających w precyzyjny sposób maksymalną wielkość ograniczenia zamówienia np. o 20% w okresie zamówienia, przy założeniu przekazania informacji Wykonawcy z co najmniej 60-cio dniowym wyprzedzeniem.

Jeśli Zamawiający nie wyraża zgody na powyższy wniosek, to prosimy o dookreślenie, jaki maksymalnie % powierzchni może zostać wyłączony ze sprzątania i na jaki okres czasu.

Odpowiedź na pytanie nr 1:

Zamawiający usuwa w całości ust. 3a w §8 załącznika nr 7 do SIWZ „Wzór umowy” o treści: „Wykonawcy nie przysługuje wynagrodzenie za okres odpowiadający okresowi zawieszenia działalności Krytej Pływalni „Wodnik” z przyczyn niezależnych od Zamawiającego. Przez przyczyny niezależne od Zamawiającego rozumie się zdarzenie bądź połączenie zdarzeń lub okoliczności, niezależnych od Zamawiającego, które zasadniczo utrudniają lub uniemożliwiają prowadzenie działalności Krytej Pływalni „Wodnik”, a których Zamawiający nie mógł przewidzieć ani im zapobiec lub przezwyciężyć poprzez działanie z dochowaniem należytej staranności, w szczególności ogłoszenie stanu zagrożenia epidemicznego i/lub stanu epidemii/pandemii i związane z tym ograniczenia administracyjne, w tym zawieszenie działalności podmiotu na skutek wprowadzonych aktów prawnych oraz decyzji administracyjnych.”

Pytanie nr 2:

Zamawiający w załączniku nr 8 – Opis przedmiotu zamówienia, wskazuje godziny funkcjonowania obiektu oraz określa godziny pracy dla personelu Wykonawcy, który ma być zatrudniony podstawie umowy o pracę w okresie zamówienia. Prosimy o potwierdzenie, że Zamawiający przewidział równoznacznie z ograniczeniem usługi, ograniczenie liczby etatów skierowanych do realizacji usługi proporcjonalnie do wprowadzonego ograniczenia umowy, usługi, powierzchni, częstotliwości. Wymóg skierowania stałej obsady do realizacji prac zatrudnionej na podstawie umowy o pracę, mimo wprowadzonych ograniczeń, powoduje konieczność wliczenia tzw. kosztu postojowego, równego stałym kosztom osobowym, wynikającego z konieczności utrzymania etatyzacji pomimo ograniczeń umowy. W przypadku zawieszenia działalności Zamawiającego, Wykonawca zostaje w całości obciążony ciężarem stałych kosztów osobowych, w związku z wymogiem zatrudnienia personelu na podstawie umowy o pracę. Zamawiający mając zawartą umowę oczekuje gotowości od Wykonawcy na szybkie uruchomienie usługi po odwołaniu np. zawieszenia działalności basenów, jednocześnie nie dając Wykonawcy gwarancji minimalnego poziomu przychodowego na poczet utrzymania tej gotowości i tym samym nie dzieląc z nim ciężaru zmiany niezależnej od obu Stron umowy.

Prosimy o uwzględnienie w umowie zapisów umożliwiających stornom rozliczenie się za gotowość Wykonawcy do utrzymania ciągłości prac. Tym samym wnosimy o wskazanie minimalnego, gwarantowanego poziomu zamówienia w przypadku zawieszenia, ograniczenia działalności Zamawiającego.

Odpowiedź na pytanie nr 2:

Zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 1, Zamawiający usunął w całości ust. 3a w §8 załącznika nr 7 do SIWZ „Wzór umowy”, do którego odnosi się również treść pytania nr 2. W pozostałym zakresie Zamawiający podtrzymuje dotychczasowe zapisy SIWZ i nie wprowadza dalej idących zmian.

Powyższe odpowiedzi dotyczące zapytania do treści SIWZ stanowią integralną część Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dla zadania pn.: „Usługi kompleksowego sprzątania i bieżącego utrzymywania w należytej czystości i stanie higieniczno - sanitarnym krytej pływalni WODNIK Miejskiego Ośrodka Sportu i Rekreacji w Czechowicach – Dziedzicach”, znak stępowania: ZP 2312/1/2020 i są wiążące dla Wykonawcy oraz Zamawiającego.


DYREKTOR
mgr Paweł Łekawa