

KR.ROZ.2710.21.2023.MK

WYJAŚNIENIE TREŚCI SWZ
Do wszystkich Wykonawców

I. Działając na podstawie art. 135 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022r., poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej *ustawą pzp*, Zamawiający – Państwowe Gospodarstwo Wodne Wody Polskie Regionalny Zarząd Gospodarki Wodnej w Krakowie zawiadamia, że w postępowaniu pn. *Usługi utrzymania porządku i czystości w budynkach i na terenie wokół budynków (również na umowę zlecenie), usługi sprzątkowania pokoi gościnnych, miejsc noclegowych, usługi utrzymania czystości wokół budynków i na terenie RZGW Kraków przez okres 24 miesięcy*, wpłynęły pytania dotyczące treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej SWZ), na które Zamawiający udziela odpowiedzi, co czyni w następujący sposób:

Pytanie 1:

Prosimy o potwierdzenie, że za pomiary elektryczne w pomieszczeniach przekazanych do użytkowania Wykonawcy w toku realizacji przedmiotowej usługi odpowiada Zamawiający?

Odpowiedź:

Pytanie nie dotyczy przedmiotu zamówienia.

Pytanie 2:

Uprzejmie proszę o informację, czy Zamawiający akceptuje wystawienie przez wykonawcę **ustrukturyzowanych faktur korygujących** oraz **innych ustrukturyzowanych dokumentów elektronicznych**, dotyczących wykonania umowy o przedmiotowe zamówienie publiczne oraz przesłanie tychże dokumentów za pośrednictwem Platformy Elektronicznego Fakturowania <https://www.brokerinfinite.efaktura.gov.pl/> ?

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, iż działając na podstawie art. 4 ust. 4 ustawy z dnia 9 listopada 2018 r. o elektronicznym fakturowaniu w zamówieniach publicznych, koncesjach na roboty budowlane lub usługi oraz partnerstwie publiczno - prywatnym (t. j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1666) nie wyraża zgody na odbieranie lub przysyłanie innych ustrukturyzowanych dokumentów elektronicznych za pośrednictwem systemu teleinformatycznego, zwanego "platformą" (PEF), o których mowa w Rozporządzeniu Ministra Przedsiębiorczości i Technologii z dnia 25.04.2019 r. w sprawie listy innych ustrukturyzowanych dokumentów elektronicznych, które mogą być przysyłane za pośrednictwem platformy elektronicznego fakturowania służącej do przysyłania ustrukturyzowanych faktur elektronicznych oraz innych ustrukturyzowanych dokumentów elektronicznych (Dz.U.2019 poz. 856).

Pytanie 3:

Zgodnie ze wzorem umowy, Zamawiający przewiduje kary umowne za nienależyte wykonywanie usługi. Czy Zamawiający, po analizie poniższych argumentów Wykonawcy, zmodyfikuje wysokość kar umownych? Wykonawca wnosi o zmianę o 50% wysokości kar, zastrzeżonych przez Zamawiającego. W doktrynie prawa zamówień publicznych oraz w aktualnym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych ustanawianie przez zamawiającego w umowie rażąco wysokich kar umownych uznać należy bezwzględnie za naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji wyrażonej w przepisie art. 16 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień

publicznych, które może być uzasadnioną podstawą do żądania unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie art. 255 ust. 6 ustawy prawo zamówień publicznych z uwagi, iż postępowanie jest obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Stanowisko powyższe znajduje pełne potwierdzenie m.in. wyroku z dnia 23 sierpnia 2007 r. sygn. akt: UZP/ZO/0-1030/07. Zważyć bowiem należy, że kara umowna (odszkodowanie umowne) ze swojej istoty ma charakter wyłącznie odszkodowawczy i kompensacyjny, a nie zaś prewencyjny. Ustalenie przez Zamawiającego zbyt wygórowanych kar umownych dla wykonawców stanowi zatem bezspornie rażące naruszenie prawa w zakresie równości stron umowy, co w konsekwencji prowadzi do sprzeczności celu takiej umowy z zasadami współżycia społecznego i skutkować winno bezwzględnie nieważność czynności prawnej na podstawie przepisu art. 353¹ k.c. w związku z art. 58 § 1 k.c.

Odpowiedź:

Zamawiający nie przewiduje obniżenia wysokości kar umownych.

Jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza: „Kara umowna powinna mieć wysokość, która będzie odczuwalna w stopniu dyscyplinującym stronę umowy, ale nie w stopniu prowadzącym do rażącego wzbogacenia jednej strony kosztem drugiej, a wręcz czyniącym niecelowym jej wykonywanie”. Ponadto KIO stwierdza, że: „Kary stanowią narzędzie mobilizujące i dyscyplinujące stronę umowy do należytego jej wykonywania. (...) Zamawiający ma prawo korzystać z ww. funkcji kar umownych, aby zagwarantować sobie, że Wykonawca będzie wykonywał zamówienie publiczne w sposób oczekiwany, terminowy i zgodny z wymaganymi standardami”.

To, czy Wykonawca zapłaci kary umowne zależy tylko od tego jak rzetelnie podejście do realizacji zamówienia i czy w sposób należyty, zgodny z treścią umowy, świadczył będzie usługi. Biorąc pod uwagę szacowaną wartość przedmiotu zamówienia wskazane w umowie kary umowne w żaden sposób nie są karami zawyżonymi.

Pytanie 4:

Zgodnie z art. 433 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający może ograniczyć zakres zamówienia pod warunkiem wskazania minimalnej wartości świadczenia stron. Zamawiający dopuszcza możliwość ograniczenia zakresu zamówienia nie podając minimalnej wartości świadczenia stron, czym narusza przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą określeń nieprecyzyjnych i ogólnych tj. w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję. Działanie Zamawiającego prowadzi do sytuacji, w której będzie on miał możliwość dowolnego interpretowania i stosowania mechanizmu obniżenia (wpływającego na zmianę wynagrodzenia będącego istotną w rozumieniu art. 454 ust. 2 ustawy pzp zmianą postanowień zawartej umowy), co narusza zasadę swobody umów wyrażoną w art. 353¹ kodeksu cywilnego. W konsekwencji powyższego Zamawiający pozbawia Wykonawców możliwości dokonania rzetelnej oceny ryzyka zmiany wysokości wynagrodzenia na skutek stosowania obniżenia, która powinna być dokonywana w oparciu o jednoznaczne i jednolicie interpretowane przez wszystkich Wykonawców kryteria. Prowadzi to z kolei do niemożliwości przyjęcia przez Wszystkich Wykonawców tych samych założeń przy budowie swoich ofert, a tym samym obliczenia ich ceny, która stanowi istotne kryterium oceny ofert w niniejszym postępowaniu. Czynności Zamawiającego są sprzeczne z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa są w konsekwencji nieważne z mocy art. 58 § 1 kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 454 ustawy Pzp istotna zmiana umowy wymaga przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia. Zamawiający nie może jednostronnie modyfikować postanowień umowy. Wykonawca winien mieć gwarancję uzyskiwania zleceń w zakresie wynikającym z SWZ i umowy, gdyż Wykonawca kalkuluje ofertę w oparciu o konkretny opis przedmiotu zamówienia, nadto ponosi koszty gotowości do świadczenia usługi; jednostronna modyfikacja umowy przez Zamawiającego w skrajnych przypadkach może prowadzić do nieopłacalności całego przedsięwzięcia ze strony Wykonawcy; zatem wszelkie

zmiany niniejszej umowy dotyczące zakresu przedmiotu świadczenia winny wymagać zgody obu stron oraz formy pisemnego aneksu.

Odpowiedź:

Zamawiający wskazuje, że gwarantuje, iż minimalna wartość zamówienia udzielonego Wykonawcy wyniesie 75% całkowitego wynagrodzenia określonego w § 5 ust. 1 umowy dla Części 1 zamówienia (Załącznik nr 3a do SWZ). Jednocześnie Zamawiający zamieszcza zaktualizowany wzór umowy dla Części 1 zamówienia.

Pytanie 5:

Zamawiający w postanowieniu §14 ust. 1 pkt.2 projektu umowy (dla części 2-4) wprowadził klauzulę, że Stronom przysługuje prawo do złożenia pierwszego wniosku o waloryzację wynagrodzenia umownego dopiero po upływie 12 miesięcy trwania Umowy. Wykonawca uprzejmie wskazuje, że takie postanowienie umowne narusza przepis art. 436 pkt 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019 poz. 2019 z późn. zm.). Wykonawca stwierdza, iż przepis art. 436 ustawy prawo zamówień publicznych ma charakter bezwzględnie obowiązujący (iuris cogentis), co oznacza, iż Zamawiający nie ma podstaw prawnych, aby dokonywać jakichkolwiek skutecznych prawnie ograniczeń jego zastosowania. W niniejszej sytuacji Zamawiający nie może zatem uzależniać waloryzacji od upływu konkretnego terminu (np. 12 miesięcy) od dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wykonawca podkreśla, iż ww. działania Zamawiającego stają w sprzeczności z celem waloryzacji wynagrodzenia umownego, o którym mowa w treści przepisu art. 436 ustawy prawo zamówień publicznych. Na gruncie obowiązujących przepisów ustawy prawo zamówień publicznych Wykonawca ma bowiem uprawnienie do waloryzacji wynagrodzenia umownego już od dnia wejścia w życie przepisów wprowadzających zmiany w zakresie przypadków opisanych w art. 436 pkt 4 ustawy prawo zamówień publicznych. Zgodnie z przywołanym przepisem art. 436 pkt 4 ustawy prawo zamówień publicznych Wykonawca w chwili składania oferty powinien mieć pewność, że kalkulacja ceny jego oferty wykonana została z uwzględnieniem wszystkich ryzyk rynkowych. Zamawiający nie może zaś przerzucać takiego ryzyka jednostronnie na Wykonawcę.

Mając powyższe na względzie Wykonawca wnosi o usunięcie sformułowania „po upływie co najmniej 12 miesięcy obowiązywania Umowy”.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na usunięcie sformułowania „po upływie co najmniej 12 miesięcy obowiązywania Umowy”.

Umowa w przedmiotowym postępowaniu zawarta będzie na kolejne 24 miesiące. Wykonawca, sporządzając ofertę, przy zachowaniu należytej staranności jest w stanie zawrzeć w kalkulacji swojego wynagrodzenia koszty, które mogą mieć wpływ na wysokość wynagrodzenia w tym koszty pracownicze związane ze zmianami, które winien będzie ponieść z uwagi na nowe stawki minimalnego wynagrodzenia za pracę w ciągu 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy. Waloryzacja wynagrodzenia to jego uaktualnienie, a nie podwyższenie w celu zwiększenia zysku Wykonawcy. Waloryzacja wynagrodzenia winna ograniczać się do rozmiarów faktycznego wzrostu kosztów realizacji zamówienia z powodów wskazanych w art. 436 ustawy Pzp.

II. Działając na podstawie art. 137 ustawy Pzp, Zamawiający dokonuje zmiany treści SWZ w następującym zakresie:

- 1) We wzorze umowy dla Części 1 zamówienia stanowiącej Załącznik nr 3a do SWZ dodaje się zapis:
 - a) w § 5 dodaje się ust. 1.1 o treści:
„Zamawiający gwarantuje, że minimalna wartość zamówienia udzielonego Wykonawcy wyniesie 75% całkowitego wynagrodzenia określonego w § 5 ust. 1”

W związku ze zmianą wprowadza się nowy tekst jednolity wzoru umowy stanowiący Załącznik nr 3a do SWZ – aktualny dla Części 1 zamówienia, uwzględniający stanowisko Zamawiającego.
Traci moc dotychczasowy Załącznik nr 3a do SWZ.

Zastępca Dyrektora
Monika Koniorczyk-Morawa
/dokument podpisany elektronicznie/

Załączniki:

1. Załącznik nr 3a do SWZ – aktualny – Wzór umowy dla Części 1 zamówienia