

Kraków, 20 grudnia 2021r.

DAM.282.6.21

Teatr im. Juliusza Słowackiego w Krakowie jako Zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: usługa kompleksowego utrzymania czystości w pomieszczeniach oraz wokół obiektów Teatru im. Juliusza Słowackiego w Krakowie (CPV 90910000-9), zgodnie z zapisami art. 284 ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 11.09.2019r. z późn. zm., poniżej przekazuje wniosek o wyjaśnienie treści SWZ wyraz w wyjaśnieniami Zamawiającego.

Treść wniosku:

1. *Prosimy o modyfikację lub usunięcie paragrafu 12 ust. 1 Wzoru Umowy, zgodnie z którym Zamawiający ma prawo do czasowego wyłączenia części powierzchni ze sprzątnia, co będzie skutkowało proporcjonalnym zmniejszeniem miesięcznego wynagrodzenia z tego tytułu.*

W uzasadnieniu uprzejmie wskazujemy, iż Wykonawca winien mieć gwarancję uzyskiwania zleceń

w zakresie wynikającym z SWZ 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. 433 pkt 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019) (dalej PZP) poprzez uregulowanie możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron, co w konsekwencji nie pozwala wykonawcom na rzetelne i właściwe dokonanie wyceny oferty.

Co więcej, zgodnie z art. 455 ust 1 pkt 1 PZP zmiana umowy jest dopuszczalna o ile została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, w postaci jasnych, precyzyjnych i jednoznacznych postanowień umownych, które mogą obejmować postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości ceny, jeżeli spełniają one łącznie następujące warunki:

- a) określają rodzaj i zakres zmian,*
- b) określają warunki wprowadzenia zmian,*
- c) nie przewidują takich zmian, które modyfikowałyby ogólny charakter umowy.*

Skuteczny i zgodny z prawem opis klauzuli dot. zmiany, w tym ograniczenia zakresu rzeczowego umowy, wymaga więc „jednoznacznych postanowień umownych, które określają ich zakres”. Projekt umowy par. 12 ust. 1 w obecnym brzmieniu, dopuszcza dowolne ograniczenie zamówienia. Tym samym par. 12 ust. 1 projektu umowy nie spełnia przesłanek art. 455 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 zrekompensowane 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 odnoszenie się do przepisów Kodeksu cywilnego. Ustawodawca w art. 145 ust. 1 Pzp (w nowym brzmieniu ustawy art. 456 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.,(obecnie art. 99 ust 4 pzp), 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.

Wyjaśnienia Zamawiającego:

Zamawiający wyjaśnia, że § 12 ust. 1 umowy nie wprowadza możliwości jednostronnego ograniczenia zakresu umowy przez Zamawiającego, lecz określa możliwość zmiany umowy w drodze aneksu. Zapis § 12 ust. 1 umowy dotyczy opisanych w tym ustępie przypadków zmiany powierzchni podlegającej

usłudze w wyniku zmiany przeznaczenia pomieszczeń, zmiany podmiotu korzystającego z pomieszczeń, włączenia nowych pomieszczeń do eksploatacji lub wyłączenia pomieszczeń z eksploatacji przykładowo w przypadku prowadzenia prac remontowych lub wskutek wydania przez uprawnione podmioty zaleceń wiążących dla Zamawiającego. Postanowienia § 12 ust. 1 umowy dotyczą zatem sytuacji wyjątkowych, na przykład rozpoczęcia remontu części pomieszczeń obiektów Zamawiającego, zmiany przeznaczenia takiego pomieszczenia (np. adaptacja i rozpoczęcie użytkowania pomieszczeń dotychczas nie objętych usługą lub też wyłączenie obecnie użytkowanego pomieszczenia z takiego użytku), również w przypadku wydania zaleceń przez uprawnione organy, np. wyłączające z użytku pewne pomieszczenie wskutek przykładowo wymogów p.-poż. lub w zakresie prawa budowlanego. Jednakże zapis § 12 ust. 1 umowy dotyczy sytuacji, w których zmiany takie zostaną wprowadzone w drodze aneksu do umowy, o czym świadczy początkowa część zdania „Zamawiający przewiduje możliwość zmiany umowy...”.

Dyrektor Naczelny i Artystyczny

Krzysztof Głuchowski

/podpis elektroniczny/