



GPIK-ZP.271.20.2023

Złotów, 05 maja 2023 r.

**Wykonawcy  
uczestniczący w postępowaniu**

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Pielęgnacja zieleni miejskiej i utrzymanie czystości placów zabaw na terenie miasta Złotowa”.

W dniu 24 kwietnia 2023 r. do Zamawiającego wpłynęło zapytanie od Wykonawcy o następującej treści:

Na podstawie art. 135 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2022.1710 t.j. z dnia 2022.08.16), dalej jako „ustawa Pzp”, wnoszę o udzielenie odpowiedzi na poniżej wskazane pytania do SWZ w tym wnoszę o stosowną zmianę SWZ oraz załączników do SWZ:

1. Zamawiający w SWZ oraz w umowie zapisał, że powierzchnia trawników składających się na opis przedmiotu zamówienia to 262 491 m<sup>2</sup>, natomiast łączna powierzchnia trawników (suma wartości łącznych dla wskazanych czterech standardów koszenia) w załączniku nr 2 do umowy to 262 593 m<sup>2</sup>. Wobec powyższego prosimy o jednoznaczne wskazanie jaka powierzchnia trawników składa się na przedmiot zamówienia?

2. Zamawiający w § 11 ust. 2 Umowy wskazał możliwość jednostronnej zmiany w zakresie wielkości przedmiotu umowy. Ponieważ na przedmiot zamówienia składają się różne usługi, a wynagrodzenie jest ryczałtowe, to wskazanie możliwości wyłączenia czasowego (nie określono na jaki czas) z realizacji usługi obszaru 2000m<sup>2</sup> i oddania innego obszaru o tej samej powierzchni w innym miejscu powoduje, że Zamawiający ma pełną dowolność w zakresie zmniejszenia zakresu zamówienia. Inny jest bowiem koszt utrzymania trawników inny jest koszt uzupełniania pisaku, przycinania żywopłotów itp. Jednocześnie Zamawiający nie wskazał wpływu tej zmiany na wysokość wynagrodzenia umownego. Tymczasem zgodnie z art. 433 pkt 4 ustawy pzp Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. **W konsekwencji powyższego brak jest wskazania w umowie minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. W opinii Wykonawcy mając na uwadze wielkość przedmiotu zamówienia możliwość zmniejszenia wartości wynagrodzenia umownego nie powinna przekroczyć 5 %.** Dlatego Wykonawca wnioskuje o wykreślenie postanowień § 11 ust. 2 Umowy jako naruszających przepisy pzp oraz wnosi o wskazanie minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron odpowiadającej 95 % wartości wynagrodzenia umownego brutto określonego w Umowie.

Zmiana wykonania umowy w sposób opisany przez Zamawiającego w §11 ust. 2 jest niedopuszczalna bowiem powoduje, że Wykonawca musiałby się zgodzić na wycenę realizacji usługi na obszarze, który nie jest możliwy do ustalenia i wyceny, dlatego konieczne jest wykreślenie tego postanowienia.

3. Zamawiający w § 9 projektu umowy opisał kary umowne, jednak bez podania jasnej, jednoznacznej i konkretnej procedury reklamacyjnej na wypadek stwierdzenia przez Zamawiającego nieprawidłowości w realizacji przedmiotu zamówienia. Wobec powyższego wnoszę o wskazanie prawidłowego procesu reklamacyjnego i odwoławczego w zakresie kar jakie Zamawiający może nałożyć na wykonawcę. Mamy wieloletnie doświadczenie w realizacji usług tożsamych z przedmiotem zamówienia i wielokrotnie zdarzało się, że Zamawiający przy nakładaniu kar nie znając stanu faktycznego nakładał je bezpodstawnie, gdyż przewinienie nie leżało po stronie wykonawcy. W trosce o jasne postanowienia w tym zakresie konieczne jest stworzenie jasnych i klarownych reguł dotyczących tego procesu, tak aby i Zamawiający i Wykonawca mogli zabezpieczyć swoje przyszłe interesy, a opis przedmiotu zamówienia był zrozumiały i możliwy do realizacji. Brak regulacji w tym zakresie powoduje naruszenie przez Zamawiającego art. 99 ustawy pzp w związku z art. 16 ustawy pzp.

Dlatego konieczne jest uzupełnienie w tym zakresie postanowień § 9 Umowy i stworzenie przejrzystych zasad w zakresie swoich uprawnień do nakładania kar umownych oraz przejrzystych zasad co do możliwości odwołania się od nich przez przyszłego wykonawcę. Stworzenie prostych zasad pozwoli na wyeliminowanie sporów już na etapie realizacji umowy. Dyspozycja art. 99 ustawy pzp determinuje, aby opis przedmiotu zamówienia został przez Zamawiającego sformułowany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji. W ocenie Odwołującego, który ma przystąpić do kalkulacji wykonania zamówienia publicznego skonstruowanie opisu przedmiotu zamówienia i uzależnienie określonych konkretnie obowiązków wykonawcy od tego czy ma on możliwość uniknięcia niesłusznie nałożonej kary umownej czy też nie, nie pozwala na prawidłowe skalkulowanie oferty. Kary umowne mają wymiar istotny dla Wykonawcy, który aktywnie uczestniczy na rynku zamówień publicznych, bowiem stanowią one podstawę do tego by opisywać w kolejnych, innych postępowaniach tzw. Oświadczenia samooczyszczające. Zatem kwestia braku jednoznacznej i szczegółowej procedury reklamacyjnej ma przełożenie nie tylko na pozycję wykonawcy w tym postępowaniu, ale także na przyszłość. Wysokość kar umownych i ich dolegliwość może być różna z uwagi na fakt, że kwestia ta nie jest uregulowana w ramach jednoznacznej procedury reklamacyjnej. W obliczu braku jednoznacznej procedury reklamacyjnej, każdy Wykonawca założy inną rezerwę na pokrycie ewentualnych kar umownych. Z tych przyczyn oferty przygotowane zostaną w oparciu o różne założenia, które Zamawiający bez problemu może ujednolicić poprzez wskazanie jednoznacznej procedury reklamacyjnej. To sprawi, że oferty będą nieporównywalne i w sposób sztuczny, zawyżona zostanie ich cena. Brak procedury reklamacyjnej sztucznie „pompuje” cenę oferty, ponieważ racjonalny wykonawca musi założyć, że nawet gdy Zamawiający niesłusznie nałoży na niego kary umowne, to będzie on zobowiązany do ich zapłaty w postaci pomniejszenia bieżącego wynagrodzenia.

**W konsekwencji powyższego wnosimy o zmianę postanowień dokumentacji przetargowej w taki sposób aby została w niej zawarta procedura reklamacyjna i następujące informacje:**

**1) w jakim terminie Zamawiający będzie przysyłał wykonawcy sporządzony protokół? Musi być to taki czas aby realne i możliwe było przeprowadzenie weryfikacji zasadności nałożenia kary umownej.**

**2) Jaki termin na odpowiedź na zgłoszoną reklamację ma przyszyły wykonawca?**

**3) Wyłączenie odpowiedzialności wykonawcy w przypadku, gdy stwierdzone naruszenie powstanie z przyczyn niezależnych od wykonawcy, lub gdy jego stwierdzenie nie będzie wynikało z jednoznacznie udowodnionego i udokumentowanego nienależytego wykonania umowy. Chodzi o wyeliminowanie sytuacji jaka wynika z aktualnego brzmienia SWZ, w której Zamawiający jest uprawniony do nałożenia kary umownej na Wykonawcę np. gdy usługa sprzątania trawników zostanie wykonana i po jej wykonaniu osoby trzecie mające dostęp do trawnika go zaśmieca. Obecna regulacja powoduje, że Wykonawca może zostać obciążony karą umowną za wszelkie zawinienia jakie Zamawiający subiektywnie uzna za słuszne, bez prawa do możliwości weryfikacji zasadności nałożenia kary umownej lub umożliwienia wykonawcy natychmiastowego usunięcia naruszenia w celu uniknięcia kary.**

**4) Wyeliminowania możliwości nałożenia kary za nienależyte wykonanie, w przypadku jego natychmiastowego usunięcia, przy czym natychmiastowe usunięcie to takie, które zostało dokonane w możliwe szybkim czasie;**

**5) Umożliwienie potrącenia kar umownych, tylko w zakresie w jakim wystąpienie nienależytego wykonania umowy jest ewidentne i nie budzi wątpliwości.**

**4. Zgodnie z art. 433 pkt 2 ustawy pzp Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać możliwości naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem. Tymczasem Zamawiający w § 9 ust. 5 i ust. 6 przewidział wysokie kary umowne za niedołączenie przez Wykonawcę dokumentów, które nie są choćby pośrednio związane z realizacją przedmiotu zamówienia a dotyczą jedynie sposobu rozliczenia umowy. Ponieważ tego rodzaju kary umowne zgodnie z przepisami ustawy pzp nie mogą być przewidziane w umowie o wykonanie zamówienia publicznego **wnoszę o wykreślenie z projektu umowy postanowień § 9 ust. 5 i ust. 6 Umowy.** Tylko na marginesie należy wskazać, że Wykonawca jako pierwszy jest zainteresowany uzyskaniem zapłaty za wykonane usługi, zatem tworzenie kar umownych w tym zakresie nie ma uzasadnienia, wobec faktu wstrzymania zapłaty danej faktury do czasu przedstawienia wymaganych dokumentów.**

5. Zamawiający w § 9 określił kary umowne. Wysokość tych kar jest nieadekwatna wobec zawinienia za jakie zostały one przewidziane. Takie ukształtowanie stosunków w umowie pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą jest sprzeczne z zasadą współdziałania przy wykonywaniu Umowy wynikająca z art. 431 ustawy pzp. Ponadto zgodnie z uzasadnieniem do wprowadzenia regulacji dot. art. 433 ustawy Pzp Ustawodawca podał: „Skutkiem tego przepisu jest jasna dyrektywa dla zamawiających, aby postanowień umownych nie kształtować w sposób rażąco nieproporcjonalny, a co za tym idzie **nie przerzucać wszystkich ryzyk realizacji zamówienia na wykonawcę**”. Wprowadzenie tej zasady nie ma na celu uniemożliwienia zamawiającym takiego ukształtowania treści umowy, który jest uzasadniony specyfiką, rodzajem, wartością, sprawną realizacją zamówienia, a jedynie eliminację postanowień umowy rażąco naruszających interesy wykonawców. Wykonawcy mający zastrzeżenia do zaproponowanych postanowień umownych będą mogli je zweryfikować przez skorzystanie z odwołania w tym zakresie”. W konsekwencji – ponieważ odpowiedzialność Wykonawcy za prawidłowe zrealizowanie przedmiotu umowy kształtować się winna stosownie do odpowiedzialności tego wykonawcy, jaka może być mu z tego tytułu rzeczywiście przypisana, biorąc pod uwagę opisany przedmiot zamówienia, ustalenie kary umownej, jak to uczynił Zamawiający w § 9 wzoru umowy, jest nieadekwatna do okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, i co za tym idzie rażąco wygórowana. **Mając na uwadze powyższe wnoszę o obniżenie wskazanych w § 9 kar umownych o 50%.**

6. Zamawiający określając w § 9 ust. 3 i ust. 4 Umowy możliwość nałożenia na wykonawcę kary umownej przewidział także możliwość obniżenia wysokości wynagrodzenia umownego o kwotę odpowiadającą wartości niezrealizowanych prac. Wobec tak ustalonych reguł stwierdzić należy, że za to samo przewinienie Zamawiający ustanowił sobie prawo do nakładania dwóch sankcji o charakterze pieniężnym. Z tego powodu regulacja ta jest niedopuszczalna i stanowi o nadużywaniu pozycji dominującej ze strony Zamawiającego. **W konsekwencji powyższego wnoszę o wykreślenie postanowień z § 9 ust. 3 o brzmieniu: „Niezależnie od powyższego Zamawiający ma prawo do naliczenia w takim przypadku kary umownej w wysokości 20% wartości miesięcznego wynagrodzenia brutto. Zamawiający ma prawo dochodzić odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary umownej” oraz wnoszę o wykreślenie § 9 ust. 4 Umowy.**

7. Zamawiający przedstawił jako załączniki do SWZ wykaz działek. Z uwagi na problemy natury technicznej, brak oznakowania w terenie nr działek **wnoszę o przedstawienie map, które opisywać będą obszar objęty przedmiotem zamówienia.** Wykaz działek nie pozwala bowiem na jednoznaczne ustalenie zakresu przedmiotu zamówienia, wobec możliwości powstania różnic po ustaleniu obszaru np. wg geoportalu. Poza tym to na zamawiającym spoczywa obowiązek wynikający z art. 99 ustawy pzp a polegający na konieczności jednoznacznego i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia. Niestety brak mapki powoduje trudności natury technicznej i organizacyjnej w możliwości ustalenia zakresu realnego przedmiotu zamówienia.

Działając na podstawie z art. 284 ust. 2 i 6 ustawy z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) Zamawiający informuje:

Ad. 1: Zamawiający w „Zawiadomieniu o przedłużeniu terminu składania ofert i zmianie treści SWZ” z dnia 26.04.2023 r. wskazał powierzchnię trawników jaka składa się na przedmiot zamówienia.

Ad. 2. – Ad. 6. Odpowiedzi na pytania nr 2 – nr 6 zostały zawarte w poprawionym wzorze umowy stanowiącym załącznik do niniejszego pisma.

Ad. 7: W załączeniu mapa opisująca obszar objęty przedmiotem zamówienia stanowiąca załącznik do niniejszego pisma.

Jednocześnie Zamawiający informuje, iż na podstawie z art. 284 ust. 3 ustawy z 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) przedłuża termin składania ofert do dnia **10.05.2023 r.** do godziny **11.00** oraz wyznacza termin otwarcia ofert na dzień **10.05.2023 r.** o godz. **11.10.**

W związku z powyższym Zamawiający na podstawie art. 286 ust. 1 przywołanej ustawy wprowadza stosowne zmiany w treści SWZ polegające na:

- 1) zmianie terminu składania ofert z dnia **09.05.2023** r. na dzień **10.05.2023** r. (bez zmiany godziny składania ofert);
- 2) zmianie terminu związania ofertą z dnia **07.06.2023** r. na dzień **08.06.2023** r.

Przedłużenie terminu składania ofert podyktowane jest czasem niezbędnym do zapoznania się wszystkich zainteresowanych wykonawców z wyjaśnieniami niezbędnymi do należytego przygotowania i złożenia ofert, w związku z koniecznością wyjaśnienia i zmiany treści SWZ oraz wzoru umowy.

Powyższe zmiany stanowią integralną część Specyfikacji Warunków Zamówienia i stają się obowiązujące z chwilą ich przekazania Wykonawcom i opublikowania za pośrednictwem platformy zakupowej: adres strony internetowej prowadzonego postępowania <https://platformazakupowa.pl/pn/zlotow>

Pozostałe zapisy Specyfikacji Warunków Zamówienia pozostają bez zmian.

  
Wz. Burmistrza  
Tomasz Stoltmann  
Zastępca Burmistrza

Sprawę prowadzi:  
Grzegorz Bąbiński  
Inspektor ds. zamówień publicznych  
tel. 67 263-21-49 w. 32, pokój. nr 22