



Gdańsk, dnia 25.11.2020 roku

znak sprawy: ZP1/282/23/2020
pismo nr 2

Wykonawcy
biorący udział w postępowaniu

dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.:
**Utrzymanie czystości oraz przeprowadzanie dezynfekcji na obiektach
administrowanych przez Gdański Ośrodek Sportu w latach 2021-2023**

Gdańsku Ośrodek Sportu (Zamawiający) niniejszym informuje, że wpłynęły zapytania do treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (zwana dalej SIWZ), których treść Zamawiający przedstawia poniżej wraz z udzieloną odpowiedzią.

Pytanie nr 1

Wnosimy o usunięcie postanowienia § 2 ust. 3, 4 umowy. Zamawiający nie może jednostronnie modyfikować postanowień umowy. Wykonawca winien mieć gwarancję uzyskiwania zleceń w zakresie wynikającym z SIWZ 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 na pytanie nr 1

Z uwagi na fakt, że świadczenia określone przedmiotową usługą nie są wykonywane jednorazowo tylko są wykonywane w ramach usługi ciągłej lub okresowej – naturalnym jest to, że zapotrzebowanie na ich wykonanie w trakcie realizacji umowy może ulec zmianie (zwłaszcza umowy z założenia trwającej trzy lata). Dlatego takie postanowienie znalazło swoje miejsce w treści umowy (§ 2 ust. 3). Postanowienie zawarte w § 2 ust. 4 jednoznacznie wskazuje, że Zamawiający może ograniczyć realizację przedmiotowej usługi, jednakże Zamawiający określił maksymalny rozmiar tego ograniczenia. Obiektywnie rzecz biorąc każdemu prowadzeniu działalności towarzyszą ryzyka związane z jej prowadzeniem. Wykonawca działając na rynku jako profesjonalista, przy kalkulowaniu ceny oferty, może, a wręcz powinien, uwzględnić ryzyka, zwłaszcza, gdy są one znane. Właśnie taki charakter mają postanowienia umowne zawarte w § 2 ust. 3 i ust. 4.

Na marginesie należy dodać, że z jednostronną modyfikacją postanowień umowy mielibyśmy do czynienia w przypadku, gdyby umowa była zawarta.

Pytanie nr 2

Wnosimy o usunięcie § 5 ust. 1 umowy - odpowiedzialność Wykonawcy za utracone korzyści; Wykonawca winien ponosić odpowiedzialność wyłącznie za szkodę rzeczywistą, natomiast utracone korzyści mają charakter wyłącznie hipotetyczny i nie ma w praktyce żadnych możliwości ich precyzyjnego określenia. Nie można bowiem mieć z reguły pewności, czy dana korzyść została osiągnięta przez poszkodowanego, gdyby nie zdarzenie szkodzące. Szkoda taka musi być przez poszkodowanego wykazana z tak dużym prawdopodobieństwem, aby uzasadniała ona w świetle doświadczenia życiowego przyjęcie, że utrata korzyści rzeczywiście nastąpiła.

Odpowiedź na pytanie nr 2

Zadający pytanie pisze: "(...) utracone korzyści mają charakter wyłącznie hipotetyczny (...)”

Art. 139 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (PZP) stanowi, że:

„Do umów w sprawach zamówień publicznych, zwanych dalej "umowami", stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.”

Art. 361 Kodeksu cywilnego stanowi:

- § 1. Zobowiązany do odszkodowania ponosi odpowiedzialność tylko za normalne następstwa działania lub zaniechania, z którego szkoda wynika.
- § 2. W powyższych granicach, w braku odmiennego przepisu ustawy lub postanowienia umowy, naprawienie szkody obejmuje straty, które poszkodowany poniósł, oraz korzyści, które mógłby osiągnąć, gdyby mu szkody nie wyrządzono.

Tytułem przykładu, gdyby nienależyte wykonanie lub niewykonanie świadczeń określonych przedmiotową usługą doprowadziło do wydania postanowienia przez Stację Sanitarno-Epidemiologiczną nakazującą Zamawiającemu zamknąć pływalnię, Zamawiający nie mógłby udostępniać pływalni, a co za tym idzie nie mógłby pobierać wynagrodzenia za udostępnianie pływalni. Właśnie to nie pobrane wynagrodzenie stanowiłoby utraconą korzyść Zamawiającego.

Pytanie nr 3

Zwracam się z prośbą o zamieszczenie w projekcie umowy, postanowienia umożliwiającego stronom rozwiązanie umowy za 3 miesięcznym wypowiedzeniem.

W przypadku umów długoterminowych zawieranych na okres 3 lat w momencie zawierania umowy strony nie są w stanie przewidzieć wszystkich okoliczności oraz czynników mogących mieć negatywny wpływ na wykonywanie zobowiązań umownych dla każdej ze stron, jak również w sposób kompleksowy i wyczerpujący uregulować procedury postępowania w takich wypadkach.

Wprowadzenie możliwości rozwiązania umowy za wypowiedzeniem ma na celu stworzenie podstaw prawnych do zakończenia stosunku prawnego pomiędzy stronami, jeżeli z określonych powodów nie są one zainteresowane dalszym kontynuowaniem współpracy na dotychczasowych warunkach. Mając na względzie dynamikę życia gospodarczego, czyli pojawianie się nowych technologii wykonywania zamówień, czy też nowych środków, może po kilku latach dojść do sytuacji, gdy jedna ze stron w tym również zamawiający będzie chciał skorzystać z jednostronnego uprawnienia do zakończenia umowy przed upływem jej obowiązywania. Obowiązujące przepisy ustawy prawo zamówień publicznych nie zawierają w tym zakresie żadnych zakazów

Odpowiedź na pytanie nr 3

Zgodnie z prawniczą paremią „pacta sunt servanda” chodzi o to, aby umów dotrzymywać. Innymi słowy, aby umowy były trwałe. Zamawiający ogłaszając postępowanie z zamiarem udzielenia zamówienia na okres trzech lat robi to w sposób przemyślany – chodzi między innymi o to, aby z jednej strony zapewnić sobie świadczenie usług przez ten okres, a z drugiej strony Wykonawca miał poczucie co do tego, że przez ten okres będzie realizował usługę na rzecz Zamawiającego.

To z pewnością daje Wykonawcy poczucie stabilizacji na rynku wykonywalnej działalności gospodarczej. Takie działanie przyczynia się do zapewnienia bezpieczeństwa obrotu gospodarczego oraz zapewnia stabilności w realizacji potrzeb Zamawiającego, dając poczucie stabilności Wykonawcy świadczącemu usługi na rzecz Zamawiającego. Właśnie z tych powodów Zamawiający we Wzorze Umowy w § 11 wskazał na okoliczności, w których może dojść do rozwiązania umowy.

Pytanie nr 4:

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 zmniejszenie o 50% wysokości kar, zastrzeżonych przez Zamawiającego.

Przewidziane przez Zamawiającego kary są niewspółmiernie wysokie do wartości zamówienia oraz do czasu trwania umowy. Poziom kar umownych jest zbyt wygórowany w stosunku do wskazanych nieprawidłowości stanowiących podstawę ich naliczenia. Wykorzystywanie przez Zamawiającego -

będącego silniejszą stroną stosunku prawnego powstającego w wyniku udzielenia zamówienia - jego pozycji do zastrzegania na swoją rzecz kar umownych, których wysokość jest wygórowana jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego, a tym samym winno być uznane za wykraczające poza dopuszczalne zgodnie z art. 3531 Kodeksu cywilnego granice swobody umów. Uprzywilejowana pozycja Zamawiającego oraz zasadniczo jednostronne określanie istotnych warunków przyszłej umowy sprawia, że umowa o udzielenie zamówienia staje się niejako umową adhezyjną, podczas gdy winna zmierzać do zabezpieczenia interesów obu stron,

a kara umowna nie powinna prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia po stronie Zamawiającego, ponieważ jej celem jest dyscyplinowanie stron do prawidłowego i terminowego wywiązywania się z przyjętych na siebie obowiązków umownych

Dodatkowo, samą wysokość kar umownych należy uznać za nadmierną, a tym samym również sprzeczną z zasadami współżycia społecznego. Postanowienia umowne dotyczące kar w żaden sposób nie są związane z zabezpieczeniem interesu Zamawiającego i interesu publicznego związanego z uzyskaniem jak najlepszego zamówienia. W konsekwencji Zamawiający działa z przekroczeniem swobody umów łamiąc zasady współżycia społecznego wykorzystując instytucję kary umownej niezgodnie z jej naturą i przeznaczeniem.

Ponadto, Zamawiający wprowadzając takie postanowienia narusza zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, ogranicza konkurencję oraz utrudnia dostęp do rynku przedsiębiorcom, co może faktycznie wpłynąć na brak ofert. Na uwagę zasługuje również fakt, że wykonawca potencjalne ryzyko związane z naliczeniem kar umownych w kalkuluje w cenę oferty, co spowoduje, że złożone oferty będą mniej konkurencyjne, a Zamawiający poniesie większe koszty związane z udzieleniem zamówienia.

Odpowiedź na pytanie nr 4:

Pytający w odniesieniu do kar umownych naliczanych w związku z nienależytym wykonaniem stwierdził: „Przewidziane przez Zamawiającego kary są niewspółmiernie wysokie do wartości zamówienia oraz do czasu trwania umowy.”

Wysokość kar umownych określona w § 9 Wzoru Umowy w odniesieniu do nienależytego wykonania jako podstawę wskazuje cyt.:

„w wysokości 50 % ryczałtowej ceny jednostkowej za spełnienie świadczenia danego rodzaju”.

Oznacza to, że kara umowna jest naliczana od wartości pojedynczego świadczenia, które zostało wykonane nienależycie. Czy tak naliczana kara umowna jest niewspółmiernie wysoka do wartości zamówienia? Przecież w trakcie trwania trzyletniej umowy poszczególne świadczenia będą wykonywane wielokrotnie (od kilku w przypadku świadczeń wykonywanych min. jeden raz w roku do kilkuset w przypadku świadczeń wykonywanych codziennie).

Wysokość kary umownej, zgodnie z powszechnie panującymi praktykami i orzecznictwem, z jednej strony nie może być niska, gdyż wtedy następuje wypaczenie samej idei kary umownej czyniąc karę iluzoryczną, nie przynoszącą spodziewanej reakcji, z drugiej strony nie może być wysoka, gdyż wtedy może wystąpić znaczne pogorszenie sytuacji podmiotu, na którego nałożono karę umowną.

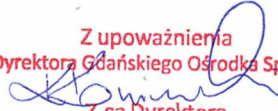
Kara umowna powinna zastępować odszkodowanie, a ponadto pełnić rolę stymulacyjną i represyjną, ma za zadanie motywować do należytego wykonywania zobowiązań określonych w umowie.

W związku z udzielonymi odpowiedziami treści SIWZ pozostaje bez zmian.

Podstawa prawna:

Art. 38 ust. 2 ustawy z dnia 19 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych
(t.j. Dz. U. z 2019 r. 1843 z późn. zm.)

Z poważaniem

Z upoważnienia
Dyrektora Gdańskiego Ośrodka Sportu

Z-ca Dyrektora
Kamil Koniuszewski