

**Izba Administracji Skarbowej  
w Kielcach**



UNP: 2601-20-060162

Znak sprawy: 2601-ILZ.260.20.2020

**Wykonawcy**

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „Świadczenie usług kompleksowego sprzątnia w obiektach Izby Administracji Skarbowej w Kielcach”.

Na podstawie 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.) Izba Administracji Skarbowej w Kielcach przekazuje treści pytań, które wpłynęły do Zamawiającego wraz z odpowiedziami.

**Pytanie 1:**

***Proszę o informację, jak będą realizowane obowiązki stron w przypadku wystąpienia tzw. „siły wyższej”. Jednocześnie, w związku z zaistniałą sytuacją zagrożenia pandemią koronawirusa, wnoszę o wprowadzenie do wzorca umowy postanowień dotyczących wystąpienia siły wyższej. Poniżej przykładowe zapisy, które zamawiający – wzorem innych zamawiających publicznych - mógłby wprowadzić do wzorca umowy:***

***SILA WYŻSZA***

- 1. Na czas działania Siły Wyższej obowiązki Strony, która nie jest w stanie wykonać danego obowiązku ze względu na działanie Siły Wyższej, ulegają zawieszeniu.*
- 2. Strona Umowy, która opóźnia się ze swoim świadczeniem wynikającym z Umowy ze względu na działanie Siły Wyższej nie jest narażona na konsekwencje finansowe (w tym odsetki, kary albo inne konsekwencje finansowe) lub odstąpienie od Umowy przez drugą Stronę z powodu niedopełnienia obowiązków Umownych.*
- 3. Dla potrzeb Umowy, "Siła Wyższa" oznacza zdarzenie, którego wystąpienie jest niezależne od Stron i któremu nie mogą one zapobiec przy zachowaniu należytej staranności, a w szczególności: wojny, stany nadzwyczajne, klęski żywiołowe, epidemie, ograniczenia związane z kwarantanną, embargo, rewolucje, zamieszki i strajki, które uniemożliwiają wykonywanie Przedmiotu Umowy.*
- 4. Każda ze Stron jest obowiązana do niezwłocznego zawiadomienia drugiej ze Stron o zajściu przypadku Siły Wyższej. O ile druga ze Stron nie wskaże inaczej na piśmie, Strona, która dokonała zawiadomienia będzie kontynuowała wykonywanie swoich obowiązków wynikających z Umowy, w takim zakresie, w jakim jest to praktycznie uzasadnione, jak również musi podjąć wszystkie alternatywne działania zmierzające do wykonania Umowy, których podjęcie nie wstrzymuje zdarzenie Siły Wyższej.*
- 5. W przypadku ustania Siły Wyższej, Strony niezwłocznie przystąpią do realizacji swych obowiązków wynikających z Umowy.*

## **Odpowiedź:**

Zapisy dotyczące siły wyższej zostały ujęte w § 14 ust. 1 wzoru umowy stanowiącego Załącznik nr 7 do SIWZ. Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę wzoru umowy w zaproponowanym przez Wykonawcę brzmieniu.

## **Pytanie 2:**

*Prosimy o modyfikację lub usunięcie § 14 ust. 11-13 umowy, zgodnie z którym Zamawiający ma prawo do czasowego wyłączenia części powierzchni ze sprzątnia, co będzie skutkować proporcjonalnym zmniejszeniem miesięcznego wynagrodzenia z tego tytułu.*

*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”. § 14 ust. 11-13 umowy w obecnym brzmieniu, dopuszcza dowolne ograniczenie zamówienia. Tym § 14 ust. 11-13 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 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 odnośzenie 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:**

Zamawiający dokonuje następujących zmian w treści SIWZ oraz wzoru umowy stanowiącego Załącznik nr 7 do SIWZ:

**1. W Rozdziale XVIII ust. 2 pkt 5 SIWZ tekst:**

*„Zamawiający zastrzega sobie prawo do czasowego wyłączenia poszczególnych powierzchni z obowiązywania umowy zawartej na daną część zamówienia, w szczególności w przypadku gdy:*

- a) na danej powierzchni (np. piętro, pomieszczenia, część/całość terenu zewnętrznego) prowadzone będą roboty budowlane,*
- b) określona powierzchnia została sprzedana lub wynajęta,*
- c) z innych przyczyn nie będzie występowała możliwość lub konieczność sprzątania określonych powierzchni.”*

**zastępuje się tekstem:**

*„Jeżeli w przypadku zmian funkcjonalnych lub organizacyjnych Zamawiającego, zakres lub ilość obiektów, dla których świadczone są usługi, zostanie zmniejszony (np. w przypadku prowadzenia na danej powierzchni robót budowlanych / remontu / zbycia / wdzierżawienia / najmu), zmniejszeniu ulegnie wynagrodzenie Wykonawcy. Całkowity zakres pomniejszenia powierzchni podlegających usłudze sprzątania nie przekroczy 20% powierzchni objętej przedmiotem niniejszego zamówienia, co będzie skutkowało proporcjonalnym zmniejszeniem z tego tytułu miesięcznego wynagrodzenia za realizowaną usługę. Wynagrodzenie w takim przypadku zostanie obliczone zgodnie z zasadami opisanymi w § 4 ust. 16 wzoru umowy.*

*O powyższych zmianach Zamawiający poinformuje Wykonawcę z 60-cio dniowym wyprzedzeniem oraz prześle szczegółowe wyliczenia i obliczoną stawkę za usługi sprzątania uwzględniającą zaistniałe zmniejszenie zakresu przedmiotu zamówienia.”*

**2. W § 14 ust. 11 wzoru umowy stanowiącym Załącznik nr 7 do SIWZ tekst:**

*„Zamawiający zastrzega sobie również prawo do czasowego wyłączenia poszczególnych powierzchni z obowiązywania niniejszej umowy, w szczególności w przypadku gdy:*

- a) na danej powierzchni (np. piętro, pomieszczenia, część/całość terenu zewnętrznego) prowadzone są roboty budowlane,*
- b) określona powierzchnia została sprzedana lub wynajęta,*
- c) z innych przyczyn nie występuje możliwość lub konieczność sprzątania określonych powierzchni.”*

**zastępuje się tekstem:**

*„Jeżeli w przypadku zmian funkcjonalnych lub organizacyjnych Zamawiającego, zakres lub ilość obiektów, dla których świadczone są usługi, zostanie zmniejszony (np. w przypadku prowadzenia na danej powierzchni robót budowlanych / remontu / zbycia / wydzierżawienia / najmu), zmniejszeniu ulegnie wynagrodzenie Wykonawcy. Całkowity zakres pomniejszenia powierzchni podlegających usłudze sprzątkania nie przekroczy 20% powierzchni objętej przedmiotem niniejszej umowy, co będzie skutkowało proporcjonalnym zmniejszeniem z tego tytułu miesięcznego wynagrodzenia za realizowaną usługę. Wynagrodzenie w takim przypadku zostanie obliczone zgodnie z zasadami opisanymi w § 4 ust. 16.*

*O powyższych zmianach Zamawiający poinformuje Wykonawcę z 60-cio dniowym wyprzedzeniem oraz przekaze szczegółowe wyliczenia i obliczoną stawkę za usługi sprzątkania uwzględniającą zaistniałe zmniejszenie zakresu przedmiotu umowy.”*

### **3. Zamawiający wykreśla zapisy § 14 ust. 12 i 13 wzoru umowy stanowiącego Załącznik nr 7 do SIWZ.**

Wraz z niniejszymi odpowiedziami Zamawiający udostępnia zaktualizowany Załącznik nr 7 do SIWZ.

#### **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 Zespołów Arbitrów 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. 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z dnia 11.09.2019 r.; poz. 1843) , które może być uzasadnioną podstawą do żądania unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie art. 93 ust. 1 pkt. 7 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 Zespołu Arbitrów 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 bezwzględną nieważnością czynności prawnej na podstawie przepisu art. 3531 k.c. w związku z art. 58 § 1 k.c.*

#### **Odpowiedź:**

W ocenie Zamawiającego ustalone we wzorze umowy wysokości przewidywanych kar umownych nie można uznać za rażąco wysokie w stosunku do przedmiotu zamówienia. Wysokość kar została dostosowana do wysokości możliwych roszczeń kompensacyjnych lub odszkodowawczych w przypadku nierzetelnego realizowania zamówienia. W związku z tym nie mają one charakteru prewencyjnego, jak podnosi Wykonawca. Ustalonych wysokości kar umownych nie można również uznać za powodujące zachwianie zasad uczciwej konkurencji,

ponieważ dla wszystkich wykonawców są one takie same, nie dochodzi do zróżnicowania sytuacji danego wykonawcy na skutek określonego ustalenia wysokości kar umownych – warunki umowne są identyczne dla wszystkich wykonawców. Specyfika prawa zamówień publicznych i zasad wydatkowania środków publicznych wymusza przyznanie Zamawiającemu znacznej swobody w kształtowaniu umowy, która zbliżona jest do umów adhezyjnych (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 marca 2011 roku, sygn. akt KIO 461/11). Zamawiający, jako prowadzący postępowanie, kierując się zasadami celowego i racjonalnego wydatkowania środków publicznych musi ukształtować tak prawa i obowiązki stron umowy by zabezpieczyć się przed ewentualną nierzetelnością Wykonawcy, gdyż to na Zamawiającym spoczywają obowiązki w zakresie gospodarowania środkami publicznymi, co pociąga za sobą konieczność dochowania wszelkich starań o pełne zabezpieczenie realizacji zamówienia. Mając na uwadze powyższe Zamawiający pozostawia zapisy we wzorze umowy dotyczące kar umownych bez zmian.

#### **Pytanie 4:**

*Zamawiający wymaga mydła o pH 5,5-6,0. Prosimy o dopuszczenie mydła o pH 6,0-8,0.*

#### **Odpowiedź:**

Zamawiający nie wyraża zgody na dopuszczenie mydła o pH 6,00-8,00.

#### **Pytanie 5:**

*Zamawiający podał opisy papieru toaletowego oraz ręczników papierowych ZZ. Prosimy o potwierdzenie, że wartości parametrów podanych przez Zamawiającego (np. długość, gramatura, szerokość, itd.) są wartościami orientacyjnymi i Zamawiający dopuszcza materiały higieniczne o zbliżonych (a nie identycznych) parametrach jak opisane w SIWZ pasujące do dozowników występujących u Zamawiającego. Prośba ta jest podyktowana zmianami w kartach technicznych materiałów higienicznych, w związku z którymi niektóre parametry opisane w SIWZ mogą się różnić w niewielkim przedziale wartości.*

#### **Odpowiedź:**

Zamawiający określił parametry techniczne papieru i ręczników papierowych podając przybliżone rozmiary dostosowane do wielkości i rodzaju pojemników i uchwytów w których w/w środki higieniczne będą umieszczone w pomieszczeniach sanitarnych.

Podane przez Zamawiającego parametry jakościowe wyżej wymienionych środków higienicznych, tj. kolor i ilość warstw, są parametrami minimalnymi. Zamawiający dopuszcza możliwość dostarczenia środków higienicznych o wyższych parametrach jakościowych np. 3-warstwowy papier i ręczniki.

**Termin składania i otwarcia ofert nie ulega zmianie.**

ZASTĘPCA DYREKTORA  
IZBY ADMINISTRACJI SKARBOWEJ  
w Kielcach  
Paweł Piętaś  
/podpisano kwalifikowanym podpisem elektronicznym/