

Puck, dnia 12 07 2021 r.

NAZWA ORAZ ADRES ZAMAWIAJĄCEGO

Przedszkole Samorządowe w Pucku, 84-100 Puck,  
ul. Wejherowska 43a,  
reprezentowane przez Dyrektora Przedszkola.  
- tel. 58 736-30-05  
- e-mail: [dyrektor@przedszkole.miastopuck.pl](mailto:dyrektor@przedszkole.miastopuck.pl)  
- adres strony internetowej: [www.przedszkole.miastopuck.pl](http://www.przedszkole.miastopuck.pl)

Nr postępowania: ZP.271.1.2022

WYKONAWCY  
uczestniczący w postępowaniu.

Dotyczy:

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym z  
możliwością negocjacji o wartości zamówienia nie przekraczającej progów unijnych, o  
jakich stanowi art. 3 ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U.  
z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) – dalej ustawy Pzp, na roboty budowlane pn.:

*Świadczenie usług gastronomicznych w Przedszkolu Samorządowym w Pucku*

WYJAŚNIENIA TREŚCI SPECYFIKACJI WARUNKÓW ZAMÓWIENIA ( SWZ)  
ORAZ ZMIANY W OGŁOSZENIU I SWZ.

1. WYJAŚNIENIA TREŚCI SPECYFIKACJI WARUNKÓW ZAMÓWIENIA

Na podstawie art. 135 ust. 2 w związku z art. 135 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający  
przekazuje treść zapytań dotyczących SWZ złożonych przez Wykonawców wraz z  
wyjaśnieniami Zamawiającego.

WNIOSEK 1

Pytanie nr 1

Prosimy o wyjaśnienie rozbieżności, co do wyboru najkorzystniejszej oferty z możliwością  
negocjacji, ponieważ w ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający przewidział taką możliwość,  
natomiast w SWZ taką możliwość wyłączył (*vide*: sekcja III, ust. 2 SWZ).

Odpowiedź 1

Zamawiający potwierdza, że właściwym w dokumentach postępowania trybem  
udzielenia zamówienia jest tryb podstawowy z możliwością negocjacji - o jakim stanowi art. 275 pkt  
2 ustawy Pzp.

### Pytanie nr 2

Prosimy o skorygowanie terminu związania ofertą oraz formularza ofertowego. Zamawiający wyznaczył 30 dniowy termin związania ofertą i jednocześnie jako datę upływu tego terminu wskazał 03.08.2022 r., podczas gdy upływ 30 dni przypada na 11.08.2022 r.

### Odpowiedź 2

Zamawiający określa 30 dniowy termin związania ofertą, tj. upływający w dniu 16 sierpnia 2022 r.

### Pytanie nr 3

Prosimy o potwierdzenie, że maksymalna ilość dni, jaką Wykonawca może zaoferować, aby uzyskać najwyższą ilość punktów w kryterium *Wydłużenie terminu płatności* to 23 dni.

### Odpowiedź 3

Zamawiający potwierdza, że maksymalna ilość dni, jaką Wykonawca może zaoferować, aby uzyskać najwyższą ilość punktów w kryterium *Wydłużenie terminu płatności* to 23 dni.

### Pytanie nr 4

Zwracamy się z wnioskiem o doprecyzowanie:

- 1) czy kontrole będą odbywały się w obecności Wykonawcy;
- 2) z jaką częstotliwością będą się odbywały kontrole;
- 3) czy z przeprowadzonej kontroli będzie sporządzany protokół, a jeśli tak, wnioskujemy, aby jego ważność była uzależniona od podpisu zarówno Wykonawcy, jak i Zamawiającego;
- 4) czy Wykonawca będzie informowany o zamiarze przeprowadzenia przez Zamawiającego kontroli, a jeśli tak, to z jakim wyprzedzeniem.

### Odpowiedź 4

Zamawiający podaje, że:

1. Kontrole będą odbywały się w obecności Wykonawcy.
2. Kontrole będą się odbywały w zależności od potrzeb określonych przez Zamawiającego w trakcie realizacji umowy, częstotliwość będzie uzależniona od uwag czy zastrzeżeń do realizacji umowy oraz wyników wcześniejszej kontroli;

3. Z przeprowadzonej kontroli będzie sporządzany protokół podpisany zarówno przez Zamawiającego jak i Wykonawcę. Brak podpisu jednej ze stron wymaga sporządzenia i dołączenia do protokołu pisemnego uzasadnienia;
4. Wykonawca będzie informowany o zamiarze przeprowadzenia przez Zamawiającego kontroli -w formie pisemnej z co najmniej 3 dni przed planowanym terminem jej przeprowadzenia.

#### Pytanie nr 5

Wnosimy o modyfikację § 5 ust. 3 Umowy poprzez zastrzeżenie, że Wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność cywilną z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonaniu przedmiotu umowy, jeśli niewykonanie lub nienależyte wykonanie nastąpiło z winy Wykonawcy.

#### Odpowiedź 5

Zamawiający nie wyrażą zgody na modyfikację § 5 ust. 3 Umowy poprzez zastrzeżenie, że „Wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność cywilną z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonaniu przedmiotu umowy, jeśli niewykonanie lub nienależyte wykonanie nastąpiło z winy Wykonawcy”. W uzasadnieniu podaje się, że wystarczające regulacje w tym zakresie podano w § 7, § 10 i § 11 wzoru umowy -zał. nr 6 do SWZ.

#### Pytanie nr 6

Zwracamy się z wnioskiem o zwiększenie minimalnej wartości świadczenia do 85% łącznej wartości wynagrodzenia brutto.

Ustalając w zgodzie z Prawem zamówień publicznych klauzulę zmiany umowy dotyczącą ograniczenia jej zakresu, nie wolno zapominać o orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości kwalifikującym jako „istotną” (niedopuszczalną) zmianę umowy polegającą na znacznym ograniczeniu jej zakresu. Przykładowo w wyroku z 29 kwietnia 2004 r. C-496/99, TSUE stwierdził, że jeśli modyfikacja umowy jest tego typu, że gdyby była ona znana wykonawcom w postępowaniu przetargowym poprzedzającym udzielenie danego zamówienia mogliby oni złożyć istotnie odmienne oferty, nie wolno jej dokonać. W wyroku z 19 czerwca 2008 r. C-454/06 TSUE stwierdził, że: "w istocie zmiany w postanowieniach zamówienia publicznego w czasie jego trwania stanowią udzielenie nowego zamówienia w rozumieniu dyrektywy 92/50, jeżeli charakteryzują się one cechami w sposób istotny odbiegającymi od postanowień pierwotnego zamówienia i w związku z tym mogą wskazywać na wolę ponownego negocjowania przez strony podstawowych ustaleń tego zamówienia.

W ocenie Wykonawcy, uprawnienie Zamawiającego do ograniczenia zamówienia w zakresie rzeczowym i ilościowym aż o 50% w toku realizacji Umowy (*vide*: § 6 ust. 1 projektu Umowy), stanowi istotną zmianę przedmiotu zamówienia, stanowiącą jednocześnie naruszenie art. 455 ust. 1 pkt 3) PZP.

Jednocześnie proponujemy wprowadzenie zapisu: „Zamawiający zastrzega, iż w przypadku zmniejszenia ilości posiłków określonej w specyfikacji:

- a) powyżej 15% do poziomu 30% w skali miesiąca, wykonawca ma prawo naliczyć 20% wzrost cen wskazanych w formularzu ofertowym, począwszy od miesiąca, w którym nastąpił spadek liczby osób żywionych,
- b) powyżej 30% do poziomu 40% w skali miesiąca, wykonawca ma prawo naliczyć 35% wzrost cen wskazanych w formularzu ofertowym, począwszy od miesiąca, w którym nastąpił spadek liczby osób żywionych,
- c) powyżej 40% do poziomu 50% w skali miesiąca, wykonawca ma prawo naliczyć 45% wzrost cen wskazanych w formularzu ofertowym począwszy od miesiąca, w którym nastąpił spadek liczby osób żywionych.”

Czasowe ograniczenia w przedmiocie zamówienia mają ogromny wpływ na rentowność umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Istnieje prawidłowość ekonomiczna, zgodnie z którą im większy przedmiot zamówienia, tym niższe koszty ponosi wykonawca (tzw. ekonomiczny efekt skali – koszty nie rosną wprost proporcjonalnie do wielkości produkcji, lecz maleją), na skutek czego w takim wypadku wykonawca jest w stanie zaoferować niższą cenę. Jeśli jednak już po zawarciu umowy przedmiot zamówienia zmaleje w stopniu znacznym, okaże się, że wykonawca nie jest w stanie osiągnąć efektu skali i otrzymuje wynagrodzenie po cenach niższych od takich, jakie zaoferowałby, gdyby jeszcze przed złożeniem ofert zamawiający zmniejszył przedmiot zamówienia. W dodatku, wykonawca ponosi tzw. koszty alternatywne, czyli koszty „utraconych szans”, gdyż poprzez fluktuacje wielkości przedmiotu zamówienia zobowiązany jest utrzymać w gotowości – w rezerwie – określoną ilość personelu, sprzętu i asortymentu na wypadek nagłego przywrócenia ograniczonego przedmiotu zamówienia do pierwotnej wartości, które to zasoby mogłyby wykorzystać do świadczenia usług w innym miejscu. Według wykonawcy Zamawiający w sposób całkowicie jednostronny i abuzywny zastrzega sobie uprawnienie do ograniczenia wielkości gwarantowanej usługi, poprzez nieustanowienie odpowiednich zapisów.

#### Odpowiedź 5

Zamawiający ważąc zasadność argumentów zgłaszanych przez Wykonawcę, biorąc pod uwagę specyfikę zamówienia jak i dotychczasową praktykę udzielanych zamówień wprowadził zmianę w umowie, polegającą na zwiększeniu minimalnej wartości świadczenia do 65% łącznej wartości wynagrodzenia brutto – zapis w § 6 ust. 1 projektu Umowy. Zapis nie dyskryminuje wykonawców, a jedynie ukierunkowany jest na wykonawców działających w branży elastycznego podejścia do przygotowania posiłków z jednoczesnym dywersyfikowaniem obszaru dostaw i usług.

#### Pytanie 7

Wnosimy o modyfikację § 6 ust. 4 Umowy poprzez zastrzeżenie, że *Strony ustalają termin płatności dla faktur do ..... dnia od daty dostarczenia prawidłowo wystawionej faktury.*

#### Odpowiedź 7

Zamawiający wprowadza zapis § 6 ust. 4 Umowy w brzmieniu: „Strony ustalają termin płatności dla faktur do ..... dnia od daty dostarczenia prawidłowo wystawionej faktury”.

#### Pytanie nr 8

Zwracamy się z wnioskiem o dodanie postanowienia do Umowy, iż w razie nieterminowego opłacenia faktury przez Zamawiającego, Wykonawcy przysługiwać będzie roszczenie o zapłatę odsetek ustawowych za opóźnienie w transakcjach handlowych, zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy z dnia 08 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych.

#### Odpowiedź 8

Zamawiający wprowadzi do umowy zapis o treści: „W razie nieterminowego opłacenia (prawidłowo opisanej) faktury przez Zamawiającego, Wykonawcy przysługiwać będzie roszczenie o zapłatę odsetek ustawowych za opóźnienie w transakcjach handlowych, zgodnie z art. 8 ust. 1 ustawy z dnia 08 marca 2013 r. o przeciwdziałaniu nadmiernym opóźnieniom w transakcjach handlowych”.

#### Pytanie nr 9

Zwracamy się z wnioskiem o ustalenie w Umowie łącznej maksymalnej wysokości kary umownej na poziomie 10% wartości całkowitego wynagrodzenia Wykonawcy.

Prawo zamówień publicznych wprowadza obowiązek wskazania w umowie łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, których mogą dochodzić strony (art. 436 pkt 3 PZP). Ustalając górny limit kar umownych, zamawiający powinien mieć na uwadze, że wysokość kary umownej nie powinna prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia czy naruszenia zasady proporcjonalności, określonej w art. 16 pkt 3 Pzp. Kara umowna, jako surogat odszkodowania, powinna zmierzać do naprawienia szkody wyrządzonej zamawiającemu z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania świadczenia niepieniężnego, natomiast nie powinna stanowić dla niego źródła dodatkowego zysku. Ponadto, ustalając maksymalną wysokość kar umownych, zamawiający powinien pamiętać, że określanie restrykcyjnych lub nieproporcjonalnych do wysokości wynagrodzenia wykonawcy kar umownych może powodować, że w postępowaniu złożona zostanie mała liczba ofert lub wykonawcy uwzględnią w cenie ofertowej wysokość kar umownych, co powoduje albo wzrost ceny, albo nieuzasadnioną rozbieżność między cenami w sytuacji, gdy wykonawcy będą odmiennie wyceniać samo ryzyko i jego podstawy.

Zamawiający każdorazowo zobowiązany jest do określenia limitu kar umownych, których mogą dochodzić strony. Dotyczy to zarówno kar nakładanych na wykonawcę, jak i

zamawiającego. Oznacza to, że łączna maksymalna wysokość kar umownych, które przewiduje w umowie zamawiający, musi zostać już określona w projektowanych postanowieniach umowy, tak aby przystępujący do postępowania wykonawcy mogli ocenić zakres, skalę i podstawę do wyliczenia ryzyk.

Określając górny limit kar umownych, zamawiający powinien jednak wziąć pod uwagę zakres i rodzaj naruszenia obowiązków umowy, wielkość i specyfikę przedmiotu zamówienia oraz zasadę proporcjonalności i uczciwej konkurencji.

#### Odpowiedź 9

Zamawiający ustali w Umowie łączną maksymalną wysokość kar umownych na poziomie 10% wartości całkowitego wynagrodzenia Wykonawcy.

#### Pytanie nr 10

Zwracamy się z wnioskiem o zastrzeżenie w Umowie, że zmiana wynagrodzenia Wykonawcy w przypadkach, o których mowa w:

- 1) § 10 ust. 1 pkt 1) projektu Umowy, obowiązywać będzie od dnia podpisania aneksu do Umowy i będzie obejmować wyrównanie za okres od dnia wejścia w życie przepisów uprawniających do zmiany wynagrodzenia, lecz nie wcześniej niż od dnia złożenia przez Wykonawcę wniosku o zmianę wynagrodzenia;
- 2) § 10 ust. 1 pkt 2) – 10) projektu Umowy, obowiązywać będzie od dnia podpisania aneksu do Umowy i będzie obejmować wyrównanie za okres od dnia zaistnienia przyczyny uprawniającej do zmiany wynagrodzenia.

#### Odpowiedź 10

Zamawiający nie wyraża zgody na wprowadzenie ww. zastrzeżeń z we wzorze umowy. Zapisy § 10 umowy w wystarczający sposób zabezpieczają interesy stron umowy. Terminy wskazane powyżej określą zapisy proponowanych aneksów do umowy.

*Dyrektor Przedszkola*  
/.../ Barbara Baranowska