

Toruń, dnia 11 grudnia 2021 r.

Dotyczy: postępowania pn. „**Sprawowanie** ochrony osób i mienia podczas wydarzeń organizowanych przez Toruńską Agendę Kulturalną w okresie od 31.12.2021 r. do 30.12.2022 r. oraz przygotowanie wymaganej przepisami prawa pełnej i prawidłowej dokumentacji na imprezy masowe realizowane przez Toruńską Agendę Kulturalną w okresie od 31.12.2021 r. do 30.12.2022 r.”

### **WYJAŚNIENIA DO TREŚCI SWZ ZMIANA TREŚCI §7 UST. 7 PROJEKTOWANYCH POSTANOWIEŃ UMOWNYCH**

Zamawiający, działając na podstawie art. 284 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych informuje, że dnia 26 listopada do Zamawiającego wpłynęły pytania wskazane poniżej.

Jednocześnie Zamawiający, działając na podstawie art. 286 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, dokonuje w ramach udzielanych wyjaśnień zmiany treści SWZ w zakresie wskazanym w poniższych odpowiedziach.

1. *Zgodnie z art. 436 pkt 3 Pzp, Umowa zawiera postanowienia określające w szczególności: łączną maksymalną wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony.*

*W §7 Projektu Umowy, który przewiduje nakładanie kar umownych, brak jest wskazania limitu wysokości kar umownych, których może dochodzić Zamawiający. Celem nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych było wyeliminowanie zapisów prowadzących do stosowania kar rażąco wygórowanych. Zachwiana zostaje wtedy relacja pomiędzy wysokością wynagrodzenia za wykonanie zobowiązania a wysokością kary umownej w wykonaniu przedmiotu umowy, z jak i wtedy, gdy zachwiany zostaje stosunek wysokości zastrzeżonej kary umownej do wysokości doznawanej szkody. Kara umowna jest, bowiem surogatem odszkodowania, zastrzeżonym w określonej wysokości i nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela. W konsekwencji powyższego, konieczne jest określenie górnego pułapu kar, jakich zapłaty od wykonawcy może się domagać Zamawiający. Wykonawca wnosi o dodanie do projektu umowy §7 postanowienia o treści: „łączna wysokość należności, jakie Wykonawca będzie zobowiązany zapłacić Zamawiającemu z tytułu kar umownych, o których mowa w ust. §3 projektu umowy nie może przekroczyć 20% wynagrodzenia brutto umowy. Naliczenie kar umownych nastąpi po uprzednim pisemnym zgłoszeniu Wykonawcy zastrzeżeń w ramach postępowania reklamacyjnego niezwłocznie od momentu stwierdzenia przypadków niewykonania lub nienależytego wykonania umowy. Brak niezwłocznego usunięcia przez Wykonawcę stwierdzonych przypadków niewykonania lub nienależytego wykonania umowy winien być stwierdzony w formie protokołu reklamacyjnego przez komisję z udziałem przedstawicieli Zamawiającego. Niezwłocznie od momentu stwierdzenia zastrzeżeń, określony zostanie zakres naruszenia oraz wnioski pokontrolne. Po spełnieniu powyższego Zamawiającego uprawniony będzie do nałożenia kary umownej.*

#### **Odpowiedź Zamawiającego:**

W odpowiedzi na zapytanie Wykonawcy Zamawiający informuje, że dokonuje zmiany treści projektowanych postanowień umowy w ten sposób, że §7 ust. 7 projektowanych postanowień umownych otrzymuje następujące brzmienie:

*Wykonawca wyraża zgodę na potrącenie przez Zamawiającego kwot zastrzeżonych kar umownych z wynagrodzenia Wykonawcy. Strony ustalają, że łączna wysokość należności, jakie Wykonawca będzie zobowiązany zapłacić Zamawiającemu z tytułu kar umownych, o których mowa w ust. §3 umowy nie przekroczy wysokości 30 % wynagrodzenia brutto umowy.*

2. Pytanie nr 2:

Zgodnie z art. 439 Pzp:

Art. 439. [Zasady wprowadzania w umowie na roboty budowlane lub usługi zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy]

1. Umowa, której przedmiotem są roboty budowlane lub usługi, zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy, zawiera postanowienia dotyczące zasad wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany ceny materiałów lub kosztów związanych z realizacją zamówienia.

2. W umowie określa się:

1) poziom zmiany ceny materiałów lub kosztów, o których mowa w ust. 1, uprawniający strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia oraz początkowy termin ustalenia zmiany wynagrodzenia;

2) sposób ustalania zmiany wynagrodzenia:

a) z użyciem odesłania do wskaźnika zmiany ceny materiałów lub kosztów, w szczególności wskaźnika ogłaszanego w komunikacie Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego lub

b) przez wskazanie innej podstawy, w szczególności wykazu rodzajów materiałów lub kosztów, w przypadku których zmiana ceny uprawnia strony umowy do żądania zmiany wynagrodzenia;

3) sposób określenia wpływu zmiany ceny materiałów lub kosztów na koszt wykonania zamówienia oraz określenie okresów, w których może następować zmiana wynagrodzenia wykonawcy;

4) maksymalną wartość zmiany wynagrodzenia, jaką dopuszcza zamawiający w efekcie zastosowania postanowień o zasadach wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia.

3. Jeżeli umowa została zawarta po upływie 180 dni od dnia upływu terminu składania ofert, początkowym terminem ustalenia zmiany wynagrodzenia jest dzień otwarcia ofert, chyba że zamawiający określi termin wcześniejszy.

4. Przez zmianę ceny materiałów lub kosztów rozumie się wzrost odpowiednio cen lub kosztów, jak i ich obniżenie, względem ceny lub kosztu przyjętych w celu ustalenia wynagrodzenia wykonawcy zawartego w ofercie.

Projekt Umowy nie zawiera żadnych postanowień, które spełniałyby warunki powyższego przepisu. Skoro zaś umowa ma zostać zawarta na okres ponad 12 miesięcy, a jej przedmiotem są usługi, konieczne jest wprowadzenie do Projektu Umowy odpowiednich klauzul waloryzacyjnych.

**Odpowiedź Zamawiającego:**

Zamawiający wskazuje, że zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w SWZ zamówienie obejmuje świadczenie usługi w następującym okresie:

1. Zamówienie należy zrealizować w terminie od dnia od 31.12.2021 r. do 30.12.2022 r. Usługa świadczona będzie na terenie miasta Toruń.

2. Usługa ochrony obiektu - Zamek Krzyżacki - w terminie od dnia 01.01.2022 r. do 28.02.2022 r. Ochrona świadczona całodobowo.

W konsekwencji nie znajdują zastosowania zapisy ustawy dotyczące umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy. Okres świadczenia usług ochrony nie przekracza 12 miesięcy.

3. Pytanie nr 3:

Zgodnie z art. 436 ust 4b „w przypadku umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy umowa zawiera postanowienia określające w szczególności:

b) zasady wprowadzania zmian wysokości wynagrodzenia, w przypadku zmiany:

- stawki podatku od towarów i usług oraz podatku akcyzowego,
- wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę albo wysokości minimalnej stawki godzinowej, ustalonych na podstawie ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,

- *zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub ubezpieczenie zdrowotne,*
  - *zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych (Dz. U. poz. 2215 oraz z 2019 r. poz. 1074 i 1572)*
  - *jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę”*
- W związku z tym, iż termin realizacji niniejszej usługi przekracza 12 miesięcy (od 01.01.2022 do 28.02.2023 na ochronę Zamku Krzyżackiego) wnioskujemy o dodanie do zapisów umownych powyższej klauzuli waloryzacyjnej.*

#### **Odpowiedź Zamawiającego:**

Zamawiający wskazuje, że zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia zawartym w SWZ zamówienie obejmuje świadczenie usługi w następującym okresie:

3. *Zamówienie należy zrealizować w terminie od dnia od 31.12.2021 r. do 30.12.2022 r. Usługa świadczona będzie na terenie miasta Toruń.*
4. *Usługa ochrony obiektu - Zamek Krzyżacki - w terminie od dnia 01.01.2022 r. do 28.02.2022 r. Ochrona świadczona całodobowo.*

W konsekwencji nie znajdują zastosowania zapisy ustawy dotyczące umów zawieranych na okres dłuższy niż 12 miesięcy. Okres świadczenia usług ochrony nie przekracza 12 miesięcy.

#### 4. Pytanie nr 4:

*Prosimy o modyfikację lub usunięcie par. 8 ust. 1i) oraz 2 Wzoru Umowy, zgodnie z którym Zamawiający ma prawo do zmniejszenia ilości roboczogodzin, 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. 8 ust. 1i) i 2 w obecnym brzmieniu, dopuszcza dowolne ograniczenie zamówienia. Tym samym par. ten 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.*

(...)

***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 % usługi może zostać wyłączony z realizacji umowy i na jaki okres czasu.***

**Odpowiedź Zamawiającego:**

Zamawiający w odpowiedzi na wskazane powyżej zapytanie wskazuje, iż nie jest w stanie określić zakresu zmian jakie mogą zostać dokonane w odniesieniu do zakresu zamówienia. Wskazany zapis projektowanych postanowień umowy dotyczy:

*zmiany zakresu przedmiotu zamówienia, w tym zmniejszenie ilości roboczogodzin usługi w sytuacji, w której w wyniku wprowadzenia obostrzeń związanych z występowaniem COVID-19 nie będzie możliwe przeprowadzenie wydarzeń i imprez masowych w planowanym przez Zamawiającego zakresie; w wyniku zmiany zakresu przedmiotu zamówienia odpowiedniej zmianie ulegnie wysokość wynagrodzenia Wykonawcy - do wysokości wynagrodzenia należnego z tytułu rzeczywistego wykonania umowy (tj. wykonania jej zmniejszonego zakresu w porównaniu z zakresem wskazanym w treści Zapytania ofertowego).*

W tym miejscu należy wskazać, że przewidywane w treści projektowanych postanowień umownych przesłanki zmiany umowy dotyczą sytuacji, w której okoliczności wynikające z COVID-19 spowodują sytuację, w której nie będzie możliwe świadczenie usługi przez Wykonawcę. Jak wskazano w projektowanych postanowieniach umowy zmniejszenie ilości zleczanych roboczogodzin będzie uzależnione od tego, w jaki sposób ewentualne obostrzenia wprowadzane przez władze państwowe wpłyną na zakres i ilość imprez, jakie będzie miał możliwość zrealizować Zamawiający. W związku z tym, iż sytuacja epidemiczna panująca zarówno w kraju jak i na świecie jest dynamiczna i nie sposób przewidzieć jej przebiegu w roku następnym, w którym świadczone mają być usługi na podstawie zawartej w przedmiotowym postępowaniu umowy, Zamawiający nie jest w stanie określić zakresu zamówienia, jaki na pewno zostanie wykonawcy zlecony. Tym samym dojdzie do sytuacji, w której Zamawiający w wyniku zawartego zobowiązania będzie zobowiązany do zapłaty Wykonawcy wynagrodzenia mimo tego, że imprezy planowane nie odbędą się. Tym samym mając na uwadze występującą obecnie sytuację gospodarczą i epidemiczną oraz mając na uwadze możliwe zmiany, jakie mogą wystąpić w tym zakresie, Zamawiający nie ma możliwości określenia wielkości ograniczenia. Nadmienić w tym miejscu należy, że przesłanka dotyczy sytuacji, w których nie będzie możliwe przeprowadzenie wydarzeń i imprez masowych w planowanym przez Zamawiającego zakresie. Powyższe należy odnosić do okresu czasu objętego umową. Należy bowiem pamiętać, że Zamawiającemu zależy na wykonaniu zamówienia w pełnym zakresie, tym samym mając na uwadze przepisy tzw. ustawy covidowej, tj. ustawy z dnia 2 marca 2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z

zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID- 19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych (Dz.U. 2021, poz. 2095) możliwe do wykorzystania będą w pierwszej kolejności instrumenty zmiany umowy, które pozwolą na dostosowanie łączącego stosunku zobowiązaniowego do panujących w trakcie wykonywania zamówienia warunków gospodarczych i społecznych. Tym samym zmiana, o której mówi Wykonawca nie będzie zmianą dowolną, zależną wyłącznie od woli Zamawiającego a będzie wynikała z przyczyn zewnętrznych, obiektywnych do stron umowy, a które to przyczyny spowodują niemożność wykonania zamówienia w pełnym zakresie ilości roboczogodzin określonych w opisie przedmiotu zamówienia.

Reprezentant zarządcy (-)

Krystian Kubjaczyk