ZP.271.49.2022 Kosakowo 27.09.2022r.

**Wszyscy uczestnicy postępowania**

**Wyjaśnienie treści SWZ**

Dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie podstawowym na: ***Usługi wytwarzania i wydawania posiłków w placówkach oświatowych SP Kosakowo oraz SP Pogórze***

Działając na podstawieart. 284 ust. 6ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ) Zamawiający przekazuje poniżej treść zapytań, które wpłynęły do Zamawiającego wraz z wyjaśnieniami:

**Pytanie 1**

**Prosimy o informację, że Wykonawca dobrze rozumie, że w celu wykonania zamówienia publicznego istnieje możliwość dzierżawy od Zamawiającego kuchni wraz z zapleczem? Koresponduje to z treścią pkt. 13 sekcji IV SWZ (str. 5 SWZ). Prosimy o podanie wysokości ewentualnego czynszu dzierżawy kuchni wraz zapleczem oraz informację co do tego, jakie elementy składowe będą objęte czynszem**

Odpowiedź na pytanie nr 1:

W przedmiotowym postępowaniu nie ma możliwości dzierżawy kuchni od Zamawiającego.

Lokal, o którym mowa w pkt. 13 sekcji IV SWZ to pomieszczenie do wydawania posiłków.

**Pytanie 2**

**Zwracamy się z wnioskiem o wskazanie szacunkowej liczby artykułów/naczyń jednorazowych w skali miesiąca, którą Wykonawcy są zobowiązani uwzględnić w kalkulacji ceny oferty**

Odpowiedź na pytanie nr 2:

Żaden z opisanych w SWZ posiłków nie przewiduje używania naczyń jednorazowych.

**Pytanie 3**

**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 40% w toku realizacji 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 mógłby 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 na pytanie nr 3:

Zamawiający nie wprowadza zmian w tym zakresie.

**Pytanie 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 na pytanie nr 4:

W ramach nadzoru nad świadczonymi usługami Zamawiający zastrzega sobie prawo do kontroli wydawania posiłków w stołówkach szkolnych. Jeżeli będzie tego wymagała sytuacja, Wykonawca będzie na bieżąco informowany o kontroli. Kontrola ma na celu sprawdzenie stanu faktycznego ze stanem wymaganym, zatem może odbywać się w zależności od konieczności. Wnioski z nadzoru będą przedstawiane w formie protokołu.

**Pytanie 5**

**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 na pytanie nr 5:

Zamawiający nie wyraża zgody. W przypadku nieterminowego opłacenia faktury przez Zamawiającego zastosowanie będą miały przepisy m.in. Kodeksu Cywilnego, który wskazuje skutki niewykonania zobowiązań.

**Pytanie 6**

**Zwracamy się z wnioskiem o modyfikację formularza ofertowego w ten sposób, aby łączną cenę ofertową stanowiła wyłącznie cena wytworzenia posiłków. Jak wynika z § 9 ust. 2 Umów *Rodzice dokonują wpłaty w części zwanej „wsad do kotła” bezpośrednio na konto Wykonawcy,* natomiast zgodnie z § 9 ust. 4 Umów *Cena jednostkowa płacona przez Gminę (tzw. wytworzenie posiłku) za dostarczony posiłek do Szkoły Podstawowej wynosi…***

**Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, że wynagrodzeniem Wykonawcy, uiszczanym przez Zamawiającego jest wyłącznie kwota odpowiadająca iloczynowi ceny jednostkowej wytworzenia posiłku i ilości wydanych posiłków. Tym samym wartość zamówienia powinna obejmować wyłącznie koszt wytworzenia posiłków, biorąc pod uwagę fakt, że wyłącznie ten koszt pokrywany jest bezpośrednio przez Zamawiającego.**

**Powyższe koresponduje z treścią art. 28 PZP, zgodnie z którym *Podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy bez podatku od towarów i usług, ustalone z należytą starannością.* Jak wynika z w/w postanowień umownych – wynagrodzenie Wykonawcy, uiszczane przez Zamawiającego dotyczy wyłącznie kosztu wytworzenia posiłku, i tym samym wyłącznie ten koszt powinien stanowić łączną cenę ofertową**

Odpowiedź na pytanie nr 6:

Zamawiający nie wprowadza zmian w tym zakresie.

**Pytanie 7**

**Zwracamy się z wnioskiem o zastrzeżenie w Umowach, że zmiana wynagrodzenia Wykonawcy obowiązywać będzie od dnia podpisania aneksu do Umowy i będzie obejmować wyrównanie za okres od dnia zaistnienia przyczyny uprawniającej do zmiany wynagrodzenia**

Odpowiedź na pytanie nr 7:

Zamawiający nie wprowadza zmian w tym zakresie

**Pytanie 8**

**Zwracamy się z wnioskiem o zaktualizowanie szacowanej liczby posiłków (w SWZ oraz projektowanych postanowieniach umowy), biorąc pod uwagę czas trwania umowy, tj. od 03.10.2022 r. do 31.08.2023 r. Tymczasem w szacowanej liczbie posiłków Zamawiający wskazał liczbę obiadów pełnych okresie od września do grudnia 2022 r. oraz od stycznia do czerwca 2023 r. Prosimy więc o wskazanie szacunkowej liczby posiłków w okresie od października 2022 r. do grudnia 2022 r. oraz od stycznia do sierpnia 2023 r.**

Odpowiedź na pytanie nr 8:

Zamawiający nie wprowadza zmian w tym zakresie.

**Pytanie 9**

**Zwracamy się z wnioskiem o wyjaśnienie rozbieżności w zakresie możliwości powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy, ponieważ w rozdziale IV, ust. I pkt 12 SWZ Zamawiający wskazał, że *zastrzega obowiązek osobistego wykonywania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia związanych z przygotowaniem posiłków,* natomiast w rozdziale VI ust. 2 SWZ Zamawiający wskazał, że *nie zastrzega obowiązku osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia***

Odpowiedź na pytanie nr 9:

Zamawiający nie zastrzega osobistego wykonania zamówienia przez wykonawcę. Zapisy zostały ujednolicone.

**Pytanie 10**

**Zwracamy się z wnioskiem o wyjaśnienie, co Zamawiający rozumie pod pojęciem *usług przygotowywania i wydawania posiłków* (rozdział VIII ust. 2 lit. a) SWZ)*.* Czy Zamawiający miał na myśli usługi tożsame z przedmiotem zamówienia, tj. usługi przygotowywania i dostarczania posiłków (tzw. catering), czy usługi polegające na przygotowywaniu posiłków w pomieszczeniach (kuchni) udostępnionych przez Zamawiającego?**

Odpowiedź na pytanie nr 10:

Zgodnie z zapisami w SWZ Wykonawca dostarcza gotowe posiłki i wydaje je osobom wskazanym w opisie zamówienia. Zamawiający nie udostępnia pomieszczeń do wytwarzania posiłków.

**Pytanie 11**

**Zwracamy się z wnioskiem o wskazanie, czy szacowana liczba posiłków obejmuje również posiłki dla pracowników Zamawiającego? Jeśli nie, prosimy o wskazanie liczby pracowników, na rzecz których Wykonawca będzie przygotowywał i dostarczał posiłki.** Odpowiedź na pytanie nr 11:

Zgodnie z zapisami w SWZ: „posiłki dla pracowników Zamawiającego mogą być realizowane na podstawie odrębnych umów nie objętych tym zamówieniem z zastrzeżeniem, że pracownicy zamawiającego (np. nauczyciele) będą mogli korzystać z posiłków tak jak uczniowie jednak z pełną odpłatnością za wytworzenie posiłku. „

**Pytanie 12**

**Wnosimy o modyfikację § 2 ust. 1 Załącznika nr 6 -B1 do SWZ Wzór umowy, ponieważ w SWZ brak jest tzw. „Szczegółowego zakresu przedmiotu umowy, warunki jego realizacji oraz obowiązki Wykonawcy”.**

Odpowiedź na pytanie nr 12:

W dokumentach zamówienia nie istnieje załącznik 6-B1.

**Pytanie 13**

**Zwracamy się z wnioskiem o zamieszczenie na stronie prowadzonego postępowania *Szczegółowego Opisu przedmiotu zamówienia,* o którym mowa w § 4 ust. 26 Załącznika nr 6 -A i B do SWZ Wzór umowy. Wskazujemy również, że *Szczegółowy Opis przedmiotu zamówienia* nie został wymieniony w rozdziale XXIV SWZ – Wykaz załączników do SWZ** Odpowiedź na pytanie nr 13:

Szczegółowy opis zamówienia jest zawarty w rozdziale IV SWZ

**Pytanie 14**

**Zwracamy się z wnioskiem o modyfikację § 12 ust. 1 lit. a) SWZ i nadanie mu następującego brzmienia:**

***odstąpienia od umowy przez Wykonawcę, z winy Wykonawcy, w wysokości 10% wartości brutto wynagrodzenia, o której mowa w § 9 ust. 13 Umowy.***

**W obecnym brzmieniu postanowienie stanowi klauzulę niedozwoloną w rozumieniu art. 433 pkt 3) PZP, przewiduje bowiem odpowiedzialność Wykonawcy, tj. obowiązek ponoszenia zapłacenia kary umownej za odstąpienie przez niego od Umowy, podczas gdy odstąpienie od Umowy może wynikać z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego lub przyczyn niezależnych od Wykonawcy, i tym samym Wykonawca nie powinien ponosić z tego tytułu negatywnych konsekwencji finansowy**

Odpowiedź na pytanie nr 14:

Zamawiający nie wprowadza zmian w tym zakresie**.**

**Pytanie 15**

**Zwracamy się z wnioskiem o obniżenie łącznej maksymalnej wysokości kary umownej z 25% do 10% wartości niezrealizowanego zamówienia.**

**Wykonawca zwraca uwagę, iż zgodnie z obowiązującymi zasadami prawa i przyjętym orzecznictwem kara umowna nie może pozostawać w dysproporcji, być nieproporcjonalna w stosunku do wielkości realizowanej części zamówienia. Uznany jest pogląd, że o rażącym wygórowaniu kary umownej świadczy stosunek, w jakim do siebie pozostają dochodzona kara umowna i spełnione nienależycie świadczenie. Ponadto Wykonawca zwraca uwagę, że w doktrynie i orzecznictwie uznaje się, że w sytuacji, gdy kara umowna równa się bądź zbliżona jest do wysokości wykonanego nienależycie zobowiązania, można ją uważać za rażąco wygórowaną.**

**W wyroku Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 28 listopada 2013 roku (I ACa 539/13) podniesiono, że w orzecznictwie Sądu Najwyższego uznaje się za miernik oceny wysokości kary umownej stosunek między wysokością kary umownej a wartością wykonanego nienależycie zobowiązania. Wykonawca zwraca także uwagę, iż zapisy projektu umowy winny przewidywać kary umowne w adekwatnej wysokości do odszkodowania, które mogłoby być dochodzone na zasadach ogólnych. Kara umowna jest instytucją, która ma pełnić przede wszystkim funkcję kompensacyjną. Obowiązujące zasady prawa wskazują na przesłanki przesądzające o rażącym wygórowaniu kary umownej zwłaszcza w okolicznościach, gdy wierzyciel nie poniósł żadnej szkody albo poniósł szkodę nieznaczną wskutek niewykonania umowy. Do sytuacji rażąco wygórowanej kary może dojść już na etapie samych zapisów umownych, jak również poprzez ich zastosowanie w konkretnej sytuacji. Nie powinno dochodzić, już na etapie samych zapisów umownych do sytuacji, w których zastrzeżona kara umowna będzie rażąco wygórowana.**

**Zgodnie z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 24 kwietnia 2014 r. (I ACa 26/14) oceny, czy kara w danym przypadku jest rażąco wygórowana dokonuje się w kontekście całokształtu okoliczności sprawy, uwzględniając przedmiot umowy, okoliczności, na jakie kara umowna została zastrzeżona, cel tej kary, sposób jej ukształtowania, okoliczności, w jakich doszło do sytuacji uzasadniającej naliczenia kary, wagę i zakres nienależytego wykonania umowy, stopień winy, charakter negatywnych skutków dla drugiej strony.**

**Przykładem takiej rażącej dysproporcji jest naliczanie kary także od wartości zrealizowanej już części umowy, w zakresie której Zamawiający nie poniósł żadnej szkody.**

**Nieuwzględnienie powyższych okoliczności przy definiowaniu kar umownych może prowadzić w następstwie zastosowania wadliwych zapisów umowy do bezpodstawnego wzbogacenia się strony żądającej ich zapłaty. Wykonawca nadmienia, iż klauzula przewidująca kary umowne o wygórowanym została uznana przez Urząd Zamówień Publicznych za klauzulę kontrowersyjną, naruszająca**

**równowagę stron w sposób nadmierny, a „kara umowna nie może być instrumentem służącym wzbogaceniu wierzyciela, a zatem przyznającym mu korzyść majątkową w istotny sposób przekraczającą wysokość poniesionej przez wierzyciela szkody” (wyrok SN z dn. 24 stycznia 2014 r., sygn. I CSK 124/13). (https://www.uzp.gov.pl/\_\_data/assets/pdf\_file/0012/41313/Lista-klauzul-naruszajacych- rownowage-kontraktowa-w-sposob-nadmierny.pdf.**

Odpowiedź na pytanie nr 15:

Zamawiający nie wprowadza zmian w tym zakresie

**Pytanie 16**

**Czy w stosunku do pomieszczeń do wydawania posiłków, które będą wydzierżawione Wykonawcy, zostały wydane decyzje nakazujące przeprowadzenia prac, a wydane przez SANEPID, PIP, UDT lub inne inspekcje zewnętrzne dotyczące stanu sanitarno – technicznego kuchni i jej pomieszczeń, ? Jeżeli są, to prosimy o podanie, jakie są to zalecenia oraz w jakich terminach należy je wykonać i po czyjej stronie leży koszt ich wykonania ?**

Odpowiedź na pytanie nr 16:

Nie ma zastrzeżeń i decyzji nakazujących przeprowadzenie prac remontowych w stosunku do pomieszczenia przeznaczonych do wydawania posiłków.

**Pytanie 17**

**Prosimy o przesłanie (opublikowanie na stronie internetowej zamawiającego) kopii aktualnych jadłospisów za ostatnie 14 dni.**

Odpowiedź na pytanie nr 17:

Usługa wykonywana obecnie w szkołach jest na podstawie umowy tymczasowej dyrektorów szkół z wykonawcą. Kopie jadłospisów nie są dostępne u Zamawiającego, są w posiadaniu każdej ze szkół.

**Pytanie 18**

**Kiedy ostatni raz były malowane pomieszczenia do wydawania posiłków**

Odpowiedź na pytanie nr 18:

Pomieszczenia w SP Kosakowo były malowane w 2020 r. a budynek SP Pogórze jest nowy i został oddany do użytku w 2020 r.

**Pytanie 19**

**Czy w dzierżawionych pomieszczeniach istnieje konieczność przeprowadzenia prac remontowych - jeżeli tak, to jaki jest ich zakres**

Odpowiedź na pytanie nr 19:

Nie przewiduje się prowadzenia prac remontowych w tym roku szkolnym.

**Powyższe wyjaśnienia są wiążące dla wykonawców, należy je uwzględnić w swojej ofercie.**

Marcin Kopitzki

Zastępca Wójta Gminy Kosakowo