

Nr sprawy: 16/PN/U/2016

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego 16/PN/U/2016 na usługi ochrony osób, zwierząt i mienia na terenie Wrocławskiego Ogrodu Zoologicznego oraz konwojowania wartości pieniężnych ZOO Wrocław Sp. z o.o

Na podstawie art. 38 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r.- Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. 2015r., poz. 2164 z póź. zmianami) Zamawiający – ZOO Wrocław Sp. z o.o. udziela odpowiedzi i wyjaśnień dotyczących Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) w postępowaniu o udzielenie zamówienia na usługi ochrony osób, zwierząt i mienia na terenie Wrocławskiego Ogrodu Zoologicznego”:

Pytanie nr 1 : „Czy Zamawiający wymaga zatrudnienia na umowę o pracę w pełnym wymiarze?”

Odpowiedź: Nie, Zamawiający wymaga jedynie, aby osoby wykonujące czynności związane z ochroną osób, zwierząt i mienia oraz konwojowania wartości pieniężnych były zatrudnione na podstawie umowy o pracę, natomiast nie wymaga zatrudnienia w pełnym wymiarze godzin.

Pytanie nr 2: Zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa nie istnieje podział na pracowników ochrony fizycznej z licencjami I lub II stopnia . Obecnie wymagany jest wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony. W związku z powyższym wnosimy o stosowne modyfikacje SIWZ w tym zakresie.

Pytanie nr 2a: Wnosimy o zmianę wymogu zatrudnienia pracowników posiadających licencje minimum pierwszego stopnia . Zgodnie z obowiązującą ustawą o ochronie osób i mienia art. 2 pkt 6 – pracownik ochrony to osoba wpisana na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej. Zgodnie z ustawą o zmianie ustaw regulujących wykonywanie niektórych zawodów oraz idącymi za nią rozporządzeniami MSW od 1 stycznia 2014 r. osoby, które chcą wykonywać zawód kwalifikowanego pracownika ochrony fizycznej nie muszą ubiegać się o licencję pierwszego i drugiego stopnia ani przystępować do egzaminów na licencje pracownika ochrony fizycznej. Zamiast licencji, kwalifikowani pracownicy ochrony fizycznej i kwalifikowania pracownicy zabezpieczenia technicznego zostaną wpisani na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej lub kwalifikowanych pracowników zabezpieczenia technicznego, prowadzone przez

Komendanta Głównego Policji. Wpisu na listę dokonują komendanci wojewódzcy policji, właściwi ze względu na miejsce zamieszkania osoby, która ubiega się o wpis na listę

Odpowiedź nr 2, 2a: W zakresie wymogu dysponowania osobami posiadającymi licencję pracownika ochrony min. I stopnia Zamawiający oczywiście uwzględnił zarzut. Użyty termin został przytoczony błędnie przez Zamawiającego zamiast terminu: „wpisanych na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej”. Jak słusznie podnoszą Wykonawcy, wpis na listę kwalifikowanych pracowników ochrony zastąpił uprzednio obowiązujące licencje i w tym zakresie Zamawiający wadliwie sformułował zapis. Jednocześnie Zamawiający wyjaśnia, iż wypełnienie warunku wpisu na listę kwalifikowanych pracowników ochrony – wobec zmiany przepisów – byłoby uznawane przez Zamawiającego jako wypełnienie warunku stawianego w SIWZ, gdyż faktycznie wpis zastąpił licencje, które obecnie nie są stosowane.

Pytanie nr 3 : W dniu 13 września 2016 r. Rada Ministrów przyjęła Rozporządzenie z dnia 9 września 2016r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia na pracę w 2017 roku. Z dniem opublikowania Rozporządzenia w Dzienniku Ustaw (co wg Informacji z Rządowego Centrum Legislacji nastąpi jeszcze w dniu 13.09.2016r.) od dnia 01.01.2017r. kwota minimalnego wynagrodzenia za pracę wyniesie 2.000,00 zł, zaś minimalna stawka godzinowa 13,00 zł. Czy w związku z tym Wykonawca winien w cenie swej oferty skalkulować te koszty na 2017r., czy też Zamawiający nie stawia takiego wymagania i po zawarciu umowy, na wniosek Wykonawcy, dokona odpowiedniej waloryzacji wynagrodzenia umownego, o wartość dodatkowych kosztów poniesionych przez Wykonawcę w związku ze zmianami wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ?

Odpowiedź 3: Kwestie dotyczące waloryzacji wynagrodzenia Zamawiający szczegółowo uregulował w § 11 projektu umowy stanowiącego załącznik do SIWZ.

Pytanie nr 4 - „ Wnosimy o usunięcie wymagania posiadania certyfikatu OHSAS 18001:2007 lub PN-N-N- 18001:2004 lub inne równoważne w zakresie zarządzania bezpieczeństwem i higieną pracy.

Wymaga podkreślenia, że Wykonawca jest obiektywnie zdolny do wykonania zamówienia w sposób należyty. Wykonawca świadczy usługi ochrony dla licznych podmiotów z sektora publicznego i prywatnego, w tym dla podmiotów z sektora, w którym działalność prowadzi również Zamawiający. Wykonawca będąc dużym przedsiębiorcą, nie spełnia wymogu zawartego w pkt 3 rozdz. III SIWZ, bowiem nie posiada certyfikatu OHSAS 18001:2007 i PN-N-18001:2004 lub innego równoważnego w zakresie zarządzania bezpieczeństwem i higieną. Wykonawca dokonuje wszelakich starań, aby w każdym procesie pracy zapewnić bezpieczne i higieniczne warunki pracy, zgodnie z przepisami prawa powszechnie obowiązującego i przyjętymi dobrymi praktykami. W tym celu zostały opracowane i obowiązują wewnętrzne regulacje prawne dot. konkretnych zagadnień bhp. Warto również zaznaczyć, że wdrożenie systemu zarządzania bhp jest dobrowolne i uzależnione od decyzji pracodawcy i środków finansowych, które trzeba przeznaczyć na ten cel, co spowodowałoby niewątpliwie poniesienie niewspółmiernie wysokich kosztów. Jak słusznie określa KIO w wyroku z dnia 28 września 2011 (sygn.. akt KIO 1949/11, KIO 1954/11) obowiązkiem Zamawiającego przy kształtowaniu wymagań stawianych Wykonawcom jest nie tylko odniesienie się do przedmiotu zamówienia, ale też ocena sytuacji rynkowej. Tylko bowiem bilans tych dwóch

czynników zapewnia efektywne wydawanie środków publicznych. Należy podkreślić, że żądanie ww. certyfikatów jest w założeniu metodą niewymiernej weryfikacji poziomu wiarygodności przez Wykonawców. W tym kontekście trzeba wskazać, iż wymagania powinny być tak postawione, aby uwzględniały realia danego rynku/branży, jego specyfikę, jak również co do zasady powinny umożliwiać Wykonawcy samodzielne ubieganie się o zamówienie. Ww. postanowienia są wadliwe i niekonkurencyjne utrudniają złożenie prawidłowej i zgodnej z przepisami Pzp oferty. Dlatego postawienie ww. wymogu jest nadmierne i niepotrzebne, a przy tym rażąco narusza zasady uczciwej konkurencji, gdyż eliminuje z udziału w postępowaniu Wykonawcę, który jest w stanie należycie wykonać zamówienia. Naruszenie zasady uczciwej konkurencji, określonej w art. 29 ust 2, z uwagi na niezgodne z ustawą Pzp opisanie przedmiotu zamówienia zachodzi m.in. w sytuacji, gdy Zamawiający opisze przedmiot zamówienia przez zbyt nie dookreślenie przedmiotu powodujące, bez uzasadnienia, wskazanie na konkretny produkt. Naruszenie to polega również na dookreśleniu opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, który nie znajduje uzasadnienia ani w technicznym, ani w funkcjonalnym uregulowaniu potrzeb Zamawiającego. Wobec powyższego, ww. wymóg należy uznać za warunek nadmierny, który ogranicza dostęp do zamówienia Wykonawcy, który opracował i wdrożył wewnętrzne regulacje prawne dot. konkretnych zagadnień bhp. Wymóg taki prowadzi zatem do ograniczenia uczciwej konkurencji, co stanowi naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Zamawiający nie może naruszać konkurencji i ograniczać dostępu do zamówienia ponad miarę, tzn. wyjść poza niezbędne minimum uzasadnione rodzajem i zakresem przedmiotu zamówienia. Postawienie ww. wymogu, jest nadmierne i niepotrzebne, a przy tym rażąco narusza zasady uczciwej konkurencji, gdyż eliminuje s udziału w postępowaniu Wykonawcę, który jest w stanie należycie wykonać zamówienia. Powyższe oznacza, że rygorystyczne wymagania w zakresie żądania ww. certyfikatów, nie są proporcjonalne, a tym samym naruszają zasady wyrażone w art. 7 ustawy Pzp.

W związku z powyższym wnosimy o wykreślenie żądania przedłożenia certyfikatu OHSAS 18001:2007 i PN-N-18001:2004 lub innego równoważnego w zakresie zarządzania bezpieczeństwem i higieną. „

Odpowiedź nr 4 : Odnosząc się do zarzutu w zakresie opisu przedmiotu zamówienia niezgodnie z art. 29 ust. 1 i 2 Prawa zamówień publicznych, w którym Wykonawca kwestionuje wymóg posiadania certyfikatu, Zamawiający w pierwszej kolejności wskazuje, iż wymóg został sformułowany przez wskazanie certyfikatów OHSAS 18001:2007 lub PN-N-18001:2004 lub innego równoważnego certyfikatu w zakresie zarządzania bezpieczeństwem i higieną pracy. Zatem Zamawiający formułując wymogi dopuszcza także inne certyfikaty potwierdzające wdrożenie i stosowanie odpowiedniego systemu zarządzania BHP, nie ograniczając się (wbrew twierdzeniom Wykonawcy) do konkretnych certyfikatów. Podkreślić przy tym należy, iż Wykonawca nie kwestionuje samego wymogu posiadania odpowiednich procedur z zakresu bezpieczeństwa i higieny pracy, ale kwestionuje możliwość żądania przez Zamawiającego dokumentu wystawionego przez niezależny, uprawniony do tego podmiot, potwierdzającego ich posiadanie przez Wykonawcę. Stoi przy tym na stanowisku, iż sama wewnętrzna regulacja prawna jest w tym przypadku wystarczająca.

Z powyższym nie sposób się zgodzić. Przedmiotowe zamówienie z uwagi na jego specyfikę - ochrona osób, zwierząt i mienia w obiekcie o bardzo wysokiej liczbie zwiedzających - wiąże się z bardzo dużym ryzykiem. Przy czym ryzyko to dotyczy zarówno pracowników wykonawcy, jak

i Zamawiającego oraz osób zwiedzających, którym wykonawca jest zobowiązany zapewnić odpowiedni poziom ochrony i bezpieczeństwa. Odpowiedzialny za bezpieczeństwo, ochronę życia i zdrowia osób przebywających w obiekcie Zamawiającego (ZOO Wrocław) jest Zamawiający. Ustanowienie i utrzymywanie odpowiedniego systemu zarządzania BHP zapewniają wymagany poziom ochrony zdrowia i życia przed zagrożeniami środowiska pracy, właściwą ocenę ryzyka, odpowiedni system zapobiegawczy, a w konsekwencji gwarantuje rzetelne wykonanie zamówienia. W tym przypadku jest to szczególnie istotne, gdyż rzetelne wykonanie zamówienia jest gwarancją bezpieczeństwa osób przebywających na terenie chronionym, gwarancją ochrony ich zdrowia i życia, a tym samym minimalizuje ryzyko odpowiedzialności Zamawiającego.

Zamawiający ma prawo żądać odpowiedniego dokumentu niezależnego podmiotu uprawnionego do kontroli potwierdzającego spełnianie wymogów jakościowych, co wynika z § 13 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U z 2016, poz. 1126). Samo przedstawienie przez Odwołującego procedury wewnętrznej, która nie podlegała weryfikacji przez podmiot niezależny nie potwierdza spełniania wymogów jakościowych. Akceptowanie stanowiska Odwołującego oznaczałoby, iż to na Zamawiającego przerzucony zostaje ciężar weryfikacji procedur wewnętrznych z normami, do czego Zamawiający nie jest uprawniony. Nadto podmioty posiadające certyfikat są poddawane okresowym audytom i kontroli, gwarantującym utrzymanie standardów jakościowych, czego nie zapewnia przyjęta przez podmiot i nie weryfikowana przez uprawniony podmiot zewnętrzny procedura.

System zarządzania bezpieczeństwem i higieną pracy OHSAS 18001:2007 obejmuje pełen zakres wymagań zgodnych z normą PN-N-18001. Norma PN-N-18001 zawiera wytyczne dotyczące systemu zarządzania zdrowiem i bezpieczeństwem. System pozwala na identyfikację i analizę potencjalnych zagrożeń oraz ocenę związanego z nimi ryzyka zawodowego, które następnie wykorzystuje się jako podstawę do projektowania i planowania działań oraz programów poprawy bezpieczeństwa.

Stosowanie zasady uczciwej konkurencji nie oznacza, iż Zamawiający musi umożliwić wzięcie udziału w postępowaniu wszystkim wykonawcom działającym w danym segmencie rynku – w tym przypadku – w branży ochrony osób i mienia. Wymóg postawiony przez Zamawiającego w SIWZ w zakresie kwestionowanych certyfikatów gwarantuje Zamawiającemu utrzymanie optymalnych standardów zdrowia i bezpieczeństwa oraz eliminuje ryzyko operacyjne i zdrowotne dla wszystkich interesantów. Nie stanowi zatem nieuzasadnionego żądania posiadania określonego systemu zarządzania jakością. Wymóg został sformułowany w sposób obiektywny i jest uzasadniony zakresem zamówienia i potrzebami Zamawiającego.

Obowiązek przestrzegania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców nie oznacza, że zamawiający zobowiązani są przy sporządzaniu opisu przedmiotu zamówienia przedkładać je ponad swoje uzasadnione potrzeby. W rezultacie może w praktyce zdarzyć się sytuacja, że przyjęta przez zamawiającego konstrukcja [opisu przedmiotu zamówienia] będzie skutkowałą znacznym zawężeniem kręgu wykonawców będących w stanie sprostać postawionym wymaganiom (tak: [Skubiszak-Kalinowska Halina, Udzielanie zamówień publicznych na systemy informatyczne - zagadnienia wybrane, cz. I.](#), Zam.Pub.Dor. 2014/10/6-16; wyrok KIO z 23 maja 2016 r., KIO 671/16))

Pytanie nr 5: Wnosimy o wyjaśnienie zapisów dział V pkt 2 b – Zamawiający może na każdym etapie postępowania uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności jeżeli zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy i inne przedsięwzięcia gospodarcze Wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia., na jakiej podstawie prawnej zamawiający będzie dokonywał oceny, o jakie wskaźniki i jakie parametry przyjmie do oceny negatywnego wpływu na realizację zamówienia

Odpowiedź nr 5: Zamawiający będzie dokonywał oceny na podstawie art. 22d ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2015r., poz. 2164 z późn. zmianami) biorąc pod uwagę zdolność techniczną (sprzęt niezbędny do realizacji zamówienia) i zawodową osób wykonujących czynności związane ochroną osób, mienia i zwierząt

Pytanie nr 6: Wnosimy o poprawę zapisów dział XIII pkt 4. Kryterium Potencjał ekonomiczny. Użyte w tym punkcie odniesienia do działu VIII pkt 18 str 10 jest błędne.

Odpowiedź nr 6: Zapis działu XIII pkt 4 winien brzmieć: „.....Zamawiający dokona oceny w niniejszym kryterium na podstawie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej, a określonych w dziale VI, pkt 3 c, str. 12 SIWZ.....”

Pytanie nr 7: Wnosimy o wskazanie w sposób jasny termin ważności dokumentów. Zamawiający wskazał, iż dokumenty powinny być wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem składania wniosków (...) Dokument w pkt 2 powinien być wystawiony nie wcześniej niż 3 miesiące (...). Pkt 2 odnosi się do przynależności do grupy kapitałowej tak więc powyższy zapis jest całkowicie nie zrozumiały, które dokumenty jaką mają ważność.

Odpowiedź nr 7 : Przytoczony zapis dotyczy działu VI pkt 5 (str. 12 i 13 SIWZ) tj. Wykonawcy posiadającego siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zgodnie z którym, Wykonawca taki składa dokumenty, wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające odpowiednio, że:

- a) nie otwarto jego likwidacji ani nie ogłoszono upadłości;
- b) nie zalega z uiszczeniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne, albo że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu
- c) nie orzeczono wobec niego zakazu ubiegania się o zamówienie.

Wymienione w pkt a i c dokumenty powinny być wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert. Dokument, o których mowa w pkt b powinien być wystawiony nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem tego terminu. (Rozporządzenie Ministra Rozwoju z dnia 26.07.2016 w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówieni – Dz.U. 2016r., poz. 1126) .

W pozostałych przypadkach dokumenty winny być wystawione zgodnie z ich opisem w dziale VI.

Pytanie nr 8: „Po analizie postanowień zawartych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dotyczącej Postępowania (dalej jako „SIWZ”), Wykonawca zwraca się z wnioskiem o wprowadzenie modyfikacji do projektu umowy:

A.

Zgodnie z par 5 ust. 3 *Zapłata należności określonej w ust. 1 dokonywana będzie po upływie cyklu rozliczeniowego (miesiąca kalendarzowego), na podstawie prawidłowo wystawionej przez Wykonawcę faktury VAT/rachunku za usługi wykonane w okresie danego cyklu rozliczeniowego (miesiąca kalendarzowego) w terminie 21 dni od dnia przekazania Zamawiającemu prawidłowo wystawionej faktury VAT.*

Termin „przekazania” jest nieprecyzyjny, proponujemy: „otrzymania przez Zamawiającego”

B.

Zgodnie z 5 ust. 5 *Zapłata należności będzie dokonywana przelewem na rachunek bankowy wskazany przez Wykonawcę na fakturze VAT/rachunku. Za dzień zapłaty uważa się dzień **obciążenia rachunku bankowego Zamawiającego.***

Proponujemy zmianę:

*Zapłata należności będzie dokonywana przelewem na rachunek bankowy wskazany przez Wykonawcę na fakturze VAT/rachunku. Za dzień zapłaty uważa się dzień **uznania rachunku bankowego Wykonawcy.***

C.

Zgodnie z par 5 ust. 10 *Maksymalna kwota wynagrodzenia należnego Wykonawcy z tytułu wykonania niniejszej umowy nie przekroczy kwoty zł (słownie:złotych)*

Prosimy o określenie czy podana kwota jest wartością netto czy brutto

D.

Zgodnie z par 6 ust. 3 *Wykonawca zobowiązany jest do prawidłowego wypełnienia i przedłożenia Zamawiającemu miesięcznego grafiku faktycznie przepracowanych godzin i wykonanych konwojów w terminie dni roboczych od dnia zakończenia danego cyklu rozliczeniowego.*

Prosimy o określenie czasu, proponujemy 7 dni.

E.

Zgodnie z par 8 ust. 1 pkt g) rozwiązanie umowy ze skutkiem natychmiastowym może nastąpić w *innych przypadkach, które spowodują utratę zaufania Zamawiającego do Wykonawcy.*

Prosimy o wykreślenie niniejszego punktu, bowiem postanowienie jest nieprecyzyjne, przyznaje zbyt dużą swobodę Zamawiającemu w kształtowaniu przypadków powodujących rozwiązanie umowy ze skutkiem natychmiastowym.

F.

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.^[1] Powyższe stanowisko znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie:

- wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 18 grudnia 1990 r. (sygn. akt I ACr 117/90) *Zastrzeżenie w umowie kary pieniężnej o funkcjach prewencyjno-represyjnych, motywujących dłużnika do wykonania świadczenia niepieniężnego w oznaczonym terminie jest na gruncie przepisów prawa cywilnego dopuszczalne, podlega jednak kontroli ze względu na ogólne zasady dotyczące treści czynności prawnych oraz wykonywania praw podmiotowych.*
- wyrok Sądu Najwyższego z 11 stycznia 2008 r. (sygn. akt V CSK 362/2007) *zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się w pełni z zakresem ogólnej odpowiedzialności dłużnika za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania. Z tego też względu przesłanki obowiązku zapłaty kary umownej określone są przez pryzmat ogólnych przesłanek kontraktowej odpowiedzialności odszkodowawczej. Granice dopuszczalnego kształtowania obowiązku zapłaty kary umownej wyznaczają także przepisy o charakterze imperatywnym.*
- wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 17 grudnia 2008 r. (sygn. akt V ACa 483/08), w którym stwierdzono, że *kara umowna, podobnie jak odszkodowanie, którego jest surogatem nie może prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia uprawnionego.*

Nakładanie kar umownych podlega zatem kontroli w kontekście ograniczeń swobody umów, obejścia prawa, jak też ewentualnej sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, co potwierdza orzecznictwo KIO:

- wyrok z dnia 29 stycznia 2013 r., KIO 113/13; KIO 117/13 *Zamawiającemu przyznane zostało uprawnienie do ukształtowania postanowień umownych. Zamawiający może, o ile nie wykracza poza unormowanie art. 353¹ k.c., dowolnie sformułować postanowienia w zakresie kar umownych, zależnie od sytuacji faktycznej i swoich potrzeb.*
- wyrok z 4 czerwca 2013 r. (sygn. akt: KIO 1126/13; KIO 1128/13; KIO 1132/13; KIO 1133/13) *zgodnie z zasadami obowiązującego porządku prawnego prawo zamawiającego do ustalenia warunków umowy ma jednak swoje ograniczenie - zamawiający nie może prawa podmiotowego nadużywać. Wynika to i z zasady swobody umów (treść lub cel stosunku nie może sprzeciwiać się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego) i z brzmienia jednej z najważniejszych zasad prawa cywilnego wyrażonej w art. 5 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony. (...) W niniejszym przypadku Izba stwierdziła, że zamawiający nadużył swojego prawa podmiotowego określając kary umowne na poziomie nieodpowiednim do natury tej instytucji wyrażonej w art. 483 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z*

^[1] Wyrok KIO, sygn. akt KIO 2631/12; KIO 2655/12

niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy. (...) Zatem chociaż wysokość kary umownej może obejmować również szkody niematerialne, jak np. niedogodności dla mieszkańców powstałe w wyniku nieodebrania odpadów czy zanieczyszczenia ulic odpadami i być wysokie, (lecz nie nadmiernie przesadzone), aby spełniać funkcję motywującą do należytego wykonania umowy, to jednak nie mogą być one zupełnie oderwane od istoty kary umownej opisanej w art. 483 Kodeksu cywilnego.

- wyrok KIO 2649/11 nie jest możliwe takie ukształtowanie stosunku umownego, które prowadziłoby do naruszenia przepisów ustawy, w tym zarówno postanowień kodeksu cywilnego, jak też innych ustaw, w tym przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodzić się należy z argumentami, iż na gruncie przepisów Prawa zamówień publicznych dochodzi do modyfikacji zasady równości i swobody stron stosunku zobowiązaniowego choćby przy wyborze partnera, z którym zawierana będzie umowa w sprawie zamówienia publicznego. To Zamawiający jest gospodarzem postępowania i autorem specyfikacji istotnych warunków, która w swej treści zawierać powinna istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy lub jej wzór. Tak więc to Zamawiający jest autorem sformułowań zawartych we wzorze umowy. Nie oznacza to jednak, że postanowienia takiej umowy mogą być korzystne tylko dla jednej strony lub nakładać tylko na jedną stronę odpowiednio same obowiązki lub przyznawać jej same przywileje.
- wyrok KIO/UZP 1387/10 niedopuszczalne jest nakładanie na wykonawcę umowy w sprawie zamówienia publicznego kar umownych za niewykonanie lub nienależyte wykonanie usługi powstałe wskutek okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności.

Należy również podkreślić, że roszczenie o zapłatę kary umownej nie powstaje, gdy dłużnikowi nie można przypisać winy i odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania. Natomiast kwestionowane postanowienia przewidują powstanie obowiązku zapłaty kary umownej także w związku z okolicznościami, za które wykonawca nie ponosi winy ani odpowiedzialności. Takie stanowisko potwierdza wyrok Sądu Najwyższego z 18 stycznia 2008 r. (sygn. akt VCSK 385/2007), zgodnie z którym *roszczenie o zapłatę kary umownej nie powstaje, gdy dłużnik nie ponosi odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania.*

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 wkalkuluje w cenę oferty, co spowoduje, że złożone oferty będą

mniej konkurencyjne, a Zamawiający poniesie większe koszty związane z udzieleniem zamówienia. W związku z powyższym wnosimy o:

- zmianę §9 ust. 1 pkt 3 Wzoru umowy z „0,1%” na „0,01%”;
- zmianę §9 ust. 1 pkt 4 Wzoru umowy z „0,1%” na „0,01%”;
- zmianę §9 ust. 1 pkt 5 Wzoru umowy z „0,1%” na „0,01%”;
- zmianę §9 ust. 1 pkt 6 Wzoru umowy z „0,1%” na „0,01%”.

Odpowiedź nr 8:

- A. Zamawiający wyraża zgodę na proponowaną zmianę zapisu w § 5 ust 3 projektu umowy, który uzyskuje brzmienie : „ Zapłata należności określonej w ust. 1 dokonywana będzie po upływie cyklu rozliczeniowego (miesiąca kalendarzowego) na podstawie prawidłowo wystawionej przez Wykonawcę faktury/rachunku za usługi wykonane w okresie rozliczeniowym (miesiąca kalendarzowego) w terminie 21 dni od dnia otrzymania przez Zamawiającego prawidłowo wystawionej faktury VAT”.
- B. Zamawiający nie akceptuje proponowanej zmiany, zapis § 5 ust 5 pozostaje bez zmian.
- C. Podana kwota jest wartością brutto.
- D. Zamawiający akceptuje proponowane uzupełnienie treści § 6 ust 3 projektu umowy, który otrzymuje brzmienie „ Wykonawca zobowiązany jest do prawidłowego wypełnienia i przedłożenia Zamawiającemu miesięcznego grafiku faktycznie przepracowanych godzin i wykonanych konwojów w terminie 7 dni roboczych od dnia zakończenia danego cyklu rozliczeniowego.
- E. Zamawiający nie wyraża zgody na wykreślenie z § 8 ust. 1 punktu g). Nie jest możliwym przewidzenie i skatalogowanie wszystkich przyczyn utraty zaufania, natomiast każda taka sytuacja będzie wymagała szczegółowego uzasadnienia.
- F. Zamawiający nie podziela opinii Wykonawcy. Kary umowne zostały przewidziane w obowiązujących porządku prawnym i są naliczane w przewidzianych prawem okolicznościach. Wprowadzone do treści umów, mają na celu wzmocnienie skuteczności więzi powstałej między stronami poprzez skłonienie strony zobowiązanej do ścisłego wypełnienia zobowiązania. Stanowią one niejako gwarancję spełnienia świadczenia . Zastrzegając w umowie karę umowną wskazuje się precyzyjnie podstawę jej naliczenia oraz wysokość. Zatem wszyscy uczestnicy postępowania mają możliwość zapoznania się z warunkami naliczenia kar umownych, które są dla wszystkich jednakowo określone. Wobec czego twierdzenie o naruszeniu zasad konkurencji jest bezzasadne.

Wysokość kary ustala się w odniesieniu do wartości całkowitej zamówienia , dlatego też Zamawiający nie zgadza się z twierdzeniem Wykonawcy, że poziom kar umownych jest zbyt wygórowany.

Biorąc pod uwagę wyraźne brzmienie art. 483 kc , nie może być wątpliwości co do tego, że powinność zapłaty kary umownej powstanie tylko w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Jeżeli Wykonawca potencjalne ryzyko związane z naliczeniem kar umownych wkalkulowuje w cenę oferty to można przypuszczać, że z góry zakłada niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia.

Wobec powyższego zapisy § 9 ust. 1 pkt 3 – 6 projektu umowy pozostają nie zmienione.

Jednocześnie Zamawiający informuje, że ze względu na wniesione odwołanie Wykonawcy do Krajowej Izby Odwoławczej termin składania ofert oraz wniesienia wadium został przedłużony do dnia **17.10.2016 r. do godz. 10:00**. Otwarcie ofert nastąpi w tym samym dniu tj. 17.10.2016r., o godz. 10:15.

Prokurent

Elżbieta Dręczko


Radosław Ratajszczak
Prezes Zarządu