

Kłodzko 26-10-2017r,

**Dot. Przetargu nieograniczonego nr 2/SR-ZP/17r,
Usługa Ochrony osób i mienia w obiektach Sądu Rejonowego w Kłodzku**

Wyjaśnienia do SIWZ

Na podstawie art. 38 ustawy pzp – Sąd Rejonowy w Kłodzku – Zamawiający informuje, że wpłynęły pytania do w/w postępowania o treści:

- I. Działając na podstawie art. 38 ust. 1 Ustawy pzp proszę o wyjaśnienie treści SIWZ w zakresie przedstawionym poniżej:

W dniu 12 września 2017 r. ukazało się Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 12 września 2017 r. w sprawie wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę oraz wysokości minimalnej stawki godzinowej w 2018 r. Zgodnie z nim Wykonawca będzie zobowiązany wypłacać wynagrodzenie w wysokości nie niższej niż 2100 zł brutto dla umowy o pracę oraz 13,70 zł brutto za 1 rbh zlecenia. W związku z tym prosimy o odpowiedź na pytanie, czy Wykonawca kalkulując cenę oferty powinien uwzględnić wiedzę jaką posiada w dniu składania oferty i kalkulować koszty z uwzględnieniem minimalnego wynagrodzenia jakie będzie obowiązywać w 2018 roku? Czy też powinien kalkulować koszty w oparciu o ich poziom występuje w momencie składania ofert a następnie wystąpić do Zamawiającego z wnioskiem o waloryzację wynagrodzenia na zasadach zapisanych we wzorze umowy?

- II. Działając na podstawie art. 38 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych zwracamy się z prośbą o wyjaśnienie następujących zapisów SIWZ w postępowaniu:

Pytanie 1. Mając na uwadze treść wzoru umowy wnosimy o zmianę o 50% wysokości kar umownych zastrzeżonych w powyższych przepisach

W doktrynie prawa zamówień publicznych oraz w aktualnym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych dominuje pogląd, że 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 (tekst jednolity Dz. U. z 2006 roku, nr 164, poz. 1163 z późn. zm.), 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 Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 lipca 2015 r. sygn. akt: KIO/1519/15. 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 rażąco naruszenie prawa w zakresie równości stron umowy, co w konsekwencji prowadzi do sprzeczności celu takiej umowy z zasadami współzycia społecznego i skutkować winno bezwzględną nieważnością czynności prawnej na podstawie przepisu art. 353¹ k.c. w związku z art. 58 § 1 k.c. Należy mieć również na względzie stanowisko Sądu Najwyższego wyrażone w wyroku z 29 listopada 2013 roku

Sygn. akt I CSK 124/13, dotyczącego przesłanek miarkowania kar umownych jako rażąco wygórowanych. W uzasadnieniu wyroku Sąd wskazał, iż „kara umowna nie może być instrumentem służącym wzbogaceniu wierzyciela, a zatem przyznającym mu korzyść majątkową w istotny sposób przekraczającą wysokość poniesionej przez wierzyciela szkody. Celem miarkowania kary umownej jest natomiast ochrona równowagi interesów stron i zapobieżenie nadmiernemu obciążeniu dłużnika oraz niesłusznemu wzbogaceniu wierzyciela”.

Pytanie 2. Czy zamawiający akceptuje wystawianie i dostarczanie w formie elektronicznej, w formacie PDF: faktur, faktur korygujących oraz duplikatów faktur, zgodnie z art. 106n ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (tj. Dz.U. z 2016 r., Nr 710, z późn. zm.)?

Jeżeli tak, to bardzo proszę o modyfikację wzorca umowy w zakresie sposobu rozliczania się z wykonanej usługi poprzez dodanie następujących zapisów:

1. Strony akceptują wystawianie i dostarczanie w formie elektronicznej, w formacie PDF: faktur, faktur korygujących oraz duplikatów faktur, zgodnie z art. 106n ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (tj. Dz.U. z 2016 r., Nr 710, z późn. zm.).
2. Faktury elektroniczne będą Zamawiającemu wysyłane na adres e-mail:
3. Zamawiający zobowiązuje się do poinformowania Wykonawcy o każdorazowej zmianie ww. adresu mailowego.
4. Osobą upoważnioną do kontaktów w sprawie e-faktur ze strony Zamawiającego jest

Pytanie 3. W związku z faktem, że Zamawiający w prowadzonym przez siebie postępowaniu będzie badał cenę każdej oferty uwzględniających co najmniej minimalne wynagrodzenie za pracę/minimalną stawkę godzinową, proszę o udzielenie odpowiedzi, **w jaki sposób Zamawiający weryfikował będzie, czy wspomniane minimalne wynagrodzenie/minimalna stawka godzinowa nie będą – w celu obejścia obowiązujących przepisów – pomniejszane przez wykonawców o koszty korzystania przez pracowników ze sprzętu lub wyposażenia niezbędnego do wykonania usługi albo inne koszty, np. koszty szkoleń?**

Pytanie motywowane jest faktem, iż w związku ze zmianami legislacyjnymi w zakresie minimalnego wynagrodzenia za pracę, obecnie wszystkie Oddziały ZUS mają obowiązek badania sposobu wynagradzania personelu, zatrudnionego przez przedsiębiorców do świadczenia usług. Za praktyki naganne, zagrożone sankcjami, ZUS uznaje m.in. pomniejszanie minimalnego wynagrodzenia/minimalnej stawki godzinowej personelu o różne koszty dodatkowe, w tym koszty korzystania ze sprzętu, wyposażenia niezbędnego do wykonania usługi lub koszty szkoleń. Weryfikacja powyższych praktyk może także następować poprzez bezpośrednie zwracanie się ZUS do Zamawiających – jako Zleceniodawców, wydatkujących środki publiczne, o udzielenie informacji w zakresie sposobu świadczenia usług na ich rzecz.

Pytanie 4. **Pytanie kierowane w przypadku umów dopuszczających waloryzację wyłącznie w oparciu o przesłanki określone w art. 142 ust. 5 ustawy PZP**

W związku z faktem, że Zamawiający w prowadzonym przez siebie postępowaniu uwzględnił możliwość zmiany wynagrodzenia umownego wyłącznie w oparciu o przesłanki, określone w art. 142 ust. 5 ustawy PZP (co nie rekompensuje zwiększonych kosztów zatrudnienia osób o wyższych kwalifikacjach lub zarabiających powyżej minimalnego wynagrodzenia/minimalnej stawki

godzinowej), wnosimy o uzupełnienie zawartej w SIWZ i/lub wzorze umowy tzw. „klauzuli waloryzacyjnej” o dodatkowe postanowienie, przewidujące możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia Wykonawcy w przypadku zmiany kosztów wykonania usługi **innych, niż koszty wynikające ze zmiany przepisów prawa.**

Powyższy wniosek motywujemy faktem, że wprowadzenie przez ustawodawcę minimalnej stawki godzinowej spowodowało wzrost oczekiwań płacowych pracowników/zleceniobiorców w segmencie usług, będących przedmiotem zamówienia oraz pracowników/zleceniobiorców o wyższych, niż podstawowe, kwalifikacjach. Ustawodawca, wprowadzając przepisy o minimalnej stawce godzinowej (i związaną z tym modyfikację klauzuli waloryzacyjnej opartej o art. 142 ust. 5 ustawy – Prawo zamówień publicznych, dalej PZP) nie przewidział, że wykwalifikowani pracownicy/zleceniobiorcy, przestaną być zainteresowani wykonywaniem pracy za minimalnym wynagrodzeniem/minimalną stawką godzinową. Oczekują oni bowiem adekwatnego wynagrodzenia do wykonywanych przez nich czynności lub posiadanych ponadstandardowych kwalifikacji.

Niezależnie od powyższego, aktualna sytuacja na rynku pracy, uwarunkowana w szczególności uruchomieniem rządowych programów dofinansowania (np. 500+), powoduje zmniejszenie liczby pracowników, chętnych do podjęcia pracy. Niskie bezrobocie stwarza ponadto pracownikom możliwość znalezienia innego, korzystniejszego pod względem finansowym zatrudnienia w stopniu dotychczas niewystępującym. Na lokalnym rynku pracy, gdzie występuje niedobór pracowników o wymaganych przez zamawiającego kwalifikacjach, sytuacja taka powoduje uzyskanie przez tych pracowników uprzywilejowanej pozycji w negocjacjach w sprawie wynagrodzenia z przedsiębiorcami świadczącymi usługi.

Biorąc pod uwagę wspomniane okoliczności, wprowadzenie wskazanej na wstępie klauzuli, pozwoli wykonawcy na zapewnienie pracownikom o wyższych kwalifikacjach, wymaganego przez nich wynagrodzenia, większego, niż wynagrodzenie minimalne - także w przypadku dalszej zmiany sytuacji rynkowej. W konsekwencji pozwoli to zamawiającemu **nabyć usługę o wyższej jakości.** Z kolei w przypadku braku wprowadzenia postulowanej klauzuli, wykonawcy rzetelnie kalkulujący swoją cenę ofertową, uwzględnią w tej cenie szacowany koszt braku możliwości waloryzacji w odniesieniu do wynagrodzeń/stawek wyższych, niż minimalne, a to z kolei skutkować będzie podwyższeniem cen ofertowych w stosunku do cen, które wykonawca mógłby zaoferować w przypadku możliwości dokonania odpowiedniej waloryzacji w terminie późniejszym. Nie jest także wykluczone, że część wykonawców w ogóle będzie rezygnować ze złożenia oferty, nie mogąc zaakceptować ryzyka wykonania zamówienia ze stratami. W efekcie spowoduje to ograniczenie faktycznego kręgu potencjalnych wykonawców i konieczność wyboru przez zamawiającego oferty najkorzystniejszej, spośród mniejszej niż potencjalnie możliwa, liczby ofert.

Zważywszy na powołane argumenty, wnosimy o dopuszczenie możliwości waloryzacji wynagrodzenia umownego również w sytuacji innych, niż wymienione w art. 142 ust. 5 ustawy PZP, zmian legislacyjnych, wpływających bezpośrednio na koszty wykonania usługi. Przedmiotowe zmiany mogłyby być wprowadzane na zasadach analogicznych do zmiany wynagrodzenia umownego w przypadku zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę/ minimalnej stawki godzinowej - z zastosowaniem wskaźnika równego wskaźnikowi wzrostu płacy minimalnej (przy czym wykonawca, we wniosku waloryzacyjnym opierałby się o rzeczywiste wynagrodzenie, wypłacane pracownikom, a więc przewyższające płacę/stawkę minimalną).

Zamawiający odpowiada, wyjaśnia i stwierdza:

Ad.I.

Wykonawca powinien kalkulować koszty w oparciu o ich poziom występujący w momencie składania ofert. Fakt przewidywania obowiązywania określonych kosztów z uwzględnieniem minimalnego wynagrodzenia jakie będzie obowiązywać w 2018 roku (po terminie składania ofert, a przed dniem podpisania umowy), nie stanowi jednoznacznej przesłanki do zaproponowania nowej - w chwili składania ofert jeszcze nieobowiązującej - stawki.

Ad.II.

1. Zamawiający określa w SIWZ istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego - a więc z samych przepisów prawa (art. 36 ust. 1 pkt 16 Pzp) wynika, iż to Zamawiający jest uprawniony do decydowania o postanowieniach umowy tak, aby uwzględniała ona jego potrzeby i wymagania oraz w jak najlepszym stopniu pozwalała na zrealizowanie zamówienia. Tego rodzaju podejście ma poparcie w wyroku KIO z dnia 29 czerwca 2009 r., sygn. KIO/UZP 767/09. W procedurze przetargu nieograniczonego to właśnie zamawiający ustala warunki realizacji zamówienia, w tym termin, w jakim oczekuje jego wykonania. W takiej sytuacji wykonawcy posiadają jednoznaczną informację istotną dla przygotowania i złożenia oferty. **Powinni dokonać oceny swoich możliwości pod kątem terminowego wykonania zadań wynikających z treści umowy. Zamawiający nie ma obowiązku dostosowywania warunków przetargu do indywidualnych zdolności wykonawcy. Jeżeli nie jest on pewny swoich możliwości należytego wykonania umowy, nie powinien zaciągać zobowiązania, a jeżeli jednak podejmuje decyzję o złożeniu oferty robi to na własne ryzyko gospodarcze (Wyrok KIO, sygn. KIO/UZP 7/09).** Zamawiający może, o ile nie wykracza poza unormowanie KC, dowolnie sformułować postanowienia umowne w zakresie kar umownych, zależnie od sytuacji faktycznej i swoich potrzeb. Żadne przepisy nie stanowią o karach umownych w stosunku do zobowiązań pieniężnych. Podkreślenia jednak wymaga fakt, że na gruncie prawa zamówień publicznych, kara umowna ma szczególne znaczenie. Bardzo istotna jest funkcja prewencyjno-wychowawcza. Kara umowna ma stanowić zaporę dla dokonywania naruszeń, a skuteczną barierą będzie wtedy, kiedy jej dolegliwość będzie miała znaczenie, w sensie finansowym, dla wykonawcy.

W tym miejscu zamawiający, zwraca uwagę, że określenie przez piszącego wykonawcę, iż kara umowna ze swojej istoty ma charakter wyłącznie odszkodowawczy i kompensacyjny, a nie zaś prewencyjny, jest nieuzasadnione. Chodzi bowiem o to, żeby nie dochodziło do przypadków odstąpienia od umowy, co powodowałoby kolejną procedurę udzielenia zamówienia publicznego, jak również, żeby nie było sytuacji, kiedy zamówienie nie będzie realizowane, podczas gdy obowiązek jego realizacji wynika z zadań

własnych danego zamawiającego, niejednokrotnie zaspokajającego interesy pewnej społeczności, zbiorowości, realizującego zadania o znaczeniu państwowym. W tym względzie, analizowana kara, pozwala zamawiającemu realizować swój cel. Ustawodawca dał zamawiającemu uprawnienie do ukształtowania zapisów umownych zgodnie ze swoimi potrzebami i wymaganiami.

Stwarzając system udzielania zamówień publicznych ograniczył (ustawodawca) prawo stron do swobodnego kształtowania warunków umowy na dwa sposoby - odbierając zamawiającemu prawo do swobodnego wyboru kontrahenta, jednocześnie ustanowił dla niego prawo podmiotowe do jednostronnego ustalenia warunków umowy. Jest również rzeczą zrozumiałą, iż zamawiający, ustalając warunki umowy, dba o zabezpieczenie swoich interesów. Podstawowym celem zasady swobody zawierania umów jest to, iż obie strony umowy godzą się na wprowadzenie do niej pewnych postanowień, jak również to, iż każda ze stron może na dane postanowienia się nie zgodzić. W niniejszym przypadku stroną, która nie wyraża zgody na wprowadzenie proponowanych postanowień, jest zamawiający. Natomiast wyrazem swobody zawierania umów, której może dać wyraz składający prośbę-wniosek wykonawca, jest to, iż umowy z zamawiającym nie zawrze (w przeciwieństwie do zamawiającego, który zobowiązany jest zawrzeć umowę z wykonawcą wyłonionym w trakcie procedury o udzielenie zamówienia publicznego i nie może zawrzeć takiej umowy bez przeprowadzenia owej procedury). Kary umowne mają ze swej istoty mieć charakter restrykcyjny i stanowić dla zobowiązanego dotkliwą przestrożę sygnalizującą obowiązek wykonania zamówienia zgodnie z zawartą umową, co oznacza, że nie zasługuje na aprobatę stanowisko, iż kontrahent na wstępie wykonywania umowy, może dokonywać kalkulacji, czy opłacalne jest dla niego niewykonywanie należyte umowy, a w miejsce jej wykonania, ewentualne świadczenie kary umownej zamiast umownego świadczenia, wyrok z dnia 20 stycznia 2009r. sygn. KIO/UZP1528/08. Zapis, co do kar umownych ma pełnić funkcję dyscyplinującą dla wykonawcy, który już w momencie podpisywania umowy ma uświadomić, że usługa powinna być wykonywana na odpowiednio wysokim poziomie jakości. Zamawiający stwierdza, że określone w umowie kary nie są wygórowane. Zważywszy na przedmiot zamówienia jakim jest ochrona – usługa szczególna, wymagająca zaufania, i fakt, że w większości przypadków kary są przewidziane od wartości częściowej (miesięcznego wynagrodzenia), a nie od wartości umowy.

Należy w tym miejscu stanowczo podkreślić, że to od wykonawcy zależeć będzie, czy przepis ten znajdzie zastosowanie, zważywszy, że potencjalni, doświadczeni wykonawcy znają swoją profesję, jak mało kto, a usługa przez nich wykonywana jest na odpowiednio wysokim poziomie.

2. Zamawiający nie akceptuje wystawiania i dostarczania faktur w formie elektronicznej.

3. Zamawiający nie ma obowiązku udzielania merytorycznej odpowiedzi na pytania, jeżeli nie stanowią one wniosku o wyjaśnienie treści siwz.
4. Zamawiający dopuszcza waloryzację wyłącznie w oparciu o przesłanki określone w art. 142 ust. 5 ustawy PZP.

Odnosząc się do wszystkich w/w pytań i wyjaśnień, zamawiający stwierdza, że w przypadku rozpoznania (przez wykonawcę), iż zamawiający w umowie przewiduje i nakłada obowiązki umowne, którym wykonawca nie będzie mógł sprostać, czy też ryzyko niewykonania lub nienależytego wykonania umowy jest z punktu widzenia racjonalnego podjęcia się realizacji zbyt wielkie, dany wykonawca może i powinien z ubiegania się o takie zamówienie zrezygnować. Wykonawca nie ma żadnej możliwości zmuszenia zamawiającego do zmiany i ograniczenia przewidzianych obowiązków umownych. Wykonawca poniesie wszelkie konsekwencje związane ze skutkami niewykonania zobowiązań jeżeli z nich się nie wywiąże. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 marca 2009 r., sygn. KIO/UZP 318/09. Wykonawcy mają obowiązek uwzględnić wszystkie wymogi, o których stanowi specyfikacja istotnych warunków zamówienia.

Jeżeli wykonawca nie czuje się na siłach do realizacji przedmiotowego zamówienia, to nie jest obowiązany brać w nim udziału na warunkach określonych przez Zamawiającego. Nie można postawić zarzutu Zamawiającemu naruszenia zasady uczciwej konkurencji w przypadku, gdy treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia jest dostępna dla wszystkich, jej postanowienia są jasno sprecyzowane, kierowane do szerokiego kręgu odbiorców, oczywiście specjalizujących się w przedmiocie zamówienia, nie dyskryminują ani nie faworyzują żadnego z potencjalnych wykonawców. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 lutego 2009 r., sygn. KIO/UZP 148/09.

Dyrektor Sądu Rejonowego
w Kłodzku
Regina Dobniak
(Podpis na oryginale)

Przewodniczący Komisji Przetargowej
Sądu Rejonowego w Kłodzku
Henryk Dzięcioł
(Podpis na oryginale)