

Kraków, dnia 14 kwietnia 2022 r.

Adm.VI.281/17/22

Wyjaśnienia treści Specyfikacji Warunków Zamówienia
w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na usługi społeczne pn. „Całodobowa
ochrona mienia oraz obsługa portierni w budynkach WSA w Krakowie”

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Krakowie (Zamawiający) udziela następujących wyjaśnień treści Specyfikacji Warunków Zamówienia:

Pytanie :

1. Proszę o potwierdzenie, że Zamawiający uzna warunek dot. doświadczenia za spełniony, jeśli Wykonawca, występujący w konsorcjum, przedstawi usługę zrealizowaną wspólnie przez członków tego konsorcjum w pełnym zakresie wymaganym przez zamawiającego i na żadaną kwotę, a następnie ci członkowie konsorcjum, którzy wykazali się wymaganym doświadczeniem, będą realizować usługę dla Zamawiającego.
Przykładowo: Wykonawca składający w Państwa postępowaniu ofertę w konsorcjum podmiotów XY wykaże się usługą realizowaną wspólnie przez te same podmioty XY i oba te podmioty będą następnie realizować usługę na Państwa rzecz.
Nadmieniam, że powyższe jest zgodne z wyrokiem TSUE w sprawie C-387/14 („Esaprojekt”), który orzekł, że wykonawca nie może polegać, do celów udowodnienia wymaganego przez zamawiającego doświadczenia, na świadczeniach realizowanych **przez innych członków grupy wykonawców, w których realizacji faktycznie i konkretnie nie brał udziału.** W opisaney sytuacji mamy jednak do czynienia z odwrotnym przypadkiem – wniosek zamierza **złożyć ta sama grupa wykonawców, która wcześniej faktycznie i konkretnie brała udział w realizacji zamówienia** i w związku z tym każdy z wykonawców w tej grupie nabył wymagane doświadczenie, a nadto grupa ta zrealizuje przyszłą umowę na rzecz Zamawiającego.

Odpowiedź:

Zamawiający uzna warunek dotyczący posiadania doświadczenia za spełniony jeśli co najmniej jeden z wykonawców występujących wspólnie spełni warunek w całości.

Pytanie:

2. W nawiązaniu do paragrafu 10 ust. 9-10 Wzoru Umowy, uprzejmie proszę o informację, czy Zamawiający akceptuje wystawienie przez wykonawcę **ustrukturyzowanych faktur korygujących** oraz **innych ustrukturyzowanych dokumentów elektronicznych**, dotyczących wykonania umowy o przedmiotowe zamówienie publiczne oraz przesłanie tychże dokumentów za pośrednictwem Platformy Elektronicznego Fakturowania <https://www.brokerinfinite.efaktura.gov.pl/> ?

Odpowiedź:

Zamawiający informuje, że za pośrednictwem Platformy Elektronicznego Fakturowania (PEF) dopuszcza wyłącznie składanie przez Wykonawcę ustrukturyzowanych faktur i ustrukturyzowanych faktur korygujących.

Pytanie:

3. Zgodnie ze wzorem umowy, Zamawiający przewiduje kary umowne za nienależyte wykonywanie usługi. Czy Zamawiający, po analizie poniższych argumentów Wykonawcy, zmodyfikuje wysokość kar umownych? Wykonawca wnosi o zmianę o 50% wysokości kar, zastrzeżonych przez Zamawiającego.

W doktrynie prawa zamówień publicznych oraz w aktualnym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych ustanawianie przez zamawiającego w umowie rażąco wysokich kar umownych uznać należy bezwzględnie za naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji wyrażonej w przepisie art. 16 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019 poz. 2019 z późn. zm.), które może być uzasadnioną podstawą do żądania unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie art. 255 ust. 6 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 z dnia 23 sierpnia 2007 r. sygn. akt: UZP/ZO/0-1030/07. 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 rażące naruszenie prawa w zakresie równości stron umowy, co w konsekwencji prowadzi do sprzeczności celu takiej umowy z zasadami współżycia społecznego i skutkować winno bezwzględną nieważnością czynności prawnej na podstawie przepisu art. 353¹ k.c. w związku z art. 58 § 1 k.c.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na wnioskowaną zmianę.

Pytanie:

4. W paragrafie 14 ust. 4 umowy Zamawiający wskazał, że: *Łączna maksymalna wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony nie może przekroczyć 50 % wynagrodzenia Wykonawcy brutto, o którym mowa w § 10 ust. 3 umowy.*

Określenie górnej granicy kar, które mogą być nałożone na wykonawcę na poziomie 50% wartości wynagrodzenia brutto powoduje, że pomimo zrealizowania przedmiotu zamówienia wykonawca może nie otrzymać zapłaty za co najmniej połowę wykonanego zamówienie, gdyż wynagrodzenie to zostanie skonsumowane przez kary umowne. Z kolei Zamawiający nie dość, że osiągnie cel, w jakim prowadzi postępowanie, czyli otrzyma usługę opisaną w SWZ, to jeszcze niejako uzyska zwrot połowy inwestycji, poczynionej na wykonanie tejże usługi. Takie ukształtowanie postanowień wzoru umowy pozostaje w sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, ideą kar umownych oraz podstawowymi zasadami Prawa zamówień publicznych.

Wskazujemy również, że zgodnie z aktualną linią orzecniczą sądów powszechnych, wysokość kar, która w stosunku do wartości zobowiązania oscyluje w granicach kilkudziesięciu procent wartości umowy, uznawana jest za nadmierną dolegliwość, świadcząca o niewspółmierności w rozumieniu

art. 484 § 2 k.c. (tak np. wyrok SO w Rzeszowie z dnia 25.09.2019 r.; sygn. akt: VI Ga 173/13, w ramach którego Sąd za niewspółmierną uznał karę umowną na poziomie 40% należnego wynagrodzenia). Co więcej, w orzecznictwie wskazuje się również, że roszczenie o zapłatę kary umownej na wypadek zwłoki lub opóźnienia nie przysługuje stronie odstępującej od umowy wzajemnej, jeśli w umowie zastrzeżono również taką karę w związku z odstąpieniem od umowy (wyrok SN z dn. 14.06.2018 r. sygn. akt: V CSK 534/17), co prowadzi do wniosku, że limit kar nie powinien przekraczać wysokości kary ustanowionej na wypadek odstąpienia od umowy. Ustalona, w Istotnych postanowieniach umownych (paragraf 14 ust. 1.1) kara za odstąpienie wynosi 10% całkowitego wynagrodzenia Wykonawcy wynikającego z umowy, określonego w § 10 ust. 3. Już z tego choćby powodu maksymalna wysokość sumy kar umownych ustalona została z naruszeniem Prawa zamówień publicznych i kodeksu cywilnego.

Wnosimy zatem o zmianę postanowienia umownego na: *Łączna maksymalna wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony nie może przekroczyć 30 % wynagrodzenia Wykonawcy brutto, o którym mowa w § 10 ust. 3 umowy.*

Odpowiedź:

Zamawiający wyraża zgodę na zmianę łącznej maksymalnej wysokości kar umownych, a tym samym zapis § 14 ust. 4 projektu umowy otrzymuje następujące brzmienie:

„Łączna maksymalna wysokość kar umownych, których mogą dochodzić strony nie może przekroczyć 30 % wynagrodzenia Wykonawcy brutto, o którym mowa w § 10 ust. 3 umowy.”

Pytanie:

5. Zamawiający wskazał, że nie dopuszcza możliwości zatrudnienia do realizacji usług ochrony, osób o orzeczonym stopniu niepełnosprawności. Wskazujemy, iż powyższy zapis powinien zostać usunięty. Stoi on bowiem w sprzeczności z art. 16 ustawy o prawie zamówień publicznych, który stanowi, iż Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie Wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Wykluczenie podmiotów zatrudniających osoby niepełnosprawne stanowi przejaw dyskryminacji oraz nierównego traktowania wykonawców. Ponadto przedmiotowy zapis niezgodny jest z art. 28 Konwencji Organizacji Narodów Zjednoczonych o prawach osób niepełnosprawnych, traktującym o zakazie dyskryminacji w zatrudnianiu osób niepełnosprawnych, zarówno w sektorze publicznym jak i prywatnym. Godzi się również nadmienić, iż usługi polegające na ochronie osób i mienia najczęściej wykonywane są właśnie przy pomocy pracowników posiadających orzeczenie o niepełnosprawności. Wykonywanie tego typu usług przy pomocy osób niepełnosprawnych jest więc regułą, co podkreśliła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia

13.06.2016r.(sygn. akt KIO 892/16). Wynika to z faktu, iż osoby niepełnosprawne są w stanie wykonać wspomniane usługi w sposób należyty. Zamawiający związany jest rozwiązaniami ustawowymi, winien więc przestrzegać zasad równości i niedyskryminacji przy każdorazowym konstruowaniu warunków udziału w postępowaniu. Nie ulega wątpliwości, iż posiadanie przez pracowników ochrony orzeczenia o niepełnosprawności w najmniejszym nawet stopniu nie wpływa na możliwość należytego realizowania obowiązków na stanowisku pracy. Błędem jest każdorazowe utożsamianie niepełnosprawności z trudnościami związanymi ze sprawnym poruszaniem się. Niedopuszczalne wydaje się również utożsamianie niepełnosprawności z problemami natury psychicznej. Istnieje cały szereg schorzeń całkowicie irrelewantnych, a zatem nie mających wpływu na rzetelne wykonywanie usług będących przedmiotem zamówienia. W związku z powyższym wnosimy o zmianę wymogu w ww. zakresie.

Odpowiedź:

Zamawiający wyraża zgodę na usunięcie zapisu o treści:

„Zamawiający nie dopuszcza możliwości zatrudnienia do realizacji usług ochrony, osób o orzeczonym stopniu niepełnosprawności.”

Zamawiający nie zmienia jednak warunku, aby usługa realizowana była przez kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej. Jednym z ustawowych wymogów do wpisu na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej jest posiadanie zdolności fizycznej i psychicznej do wykonywania zadań, stwierdzonej orzeczeniami: lekarskim i psychologicznym. Osoba ubiegająca się o możliwość wykonywania zawodu pracownika ochrony fizycznej poddając się badaniom lekarskim i psychologicznym, zobowiązana jest złożyć oświadczenie, pod rygorem odpowiedzialności karnej za składanie fałszywych zeznań, że nie jest osobą niepełnosprawną lub nie posiada orzeczenia o inwalidztwie lub niezdolności do pracy.

Powyższy warunek dotyczący kwalifikowanych pracowników ochrony został określony z uwagi na specyfikę obiektu zamawiającego, a jego celem jest zagwarantowanie wysokiej jakości wykonywanych usług.

Dyrektor
Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego
w Krakowie

Danuta Powroźnik