

Mogilno, dnia 16.04.2019 roku

OR.272.8.2019

**Wykonawcy biorący  
udział w postępowaniu**

**Dotyczy: postępowania pn. „Świadczenie usług w zakresie kompleksowego sprzątania pomieszczeń w budynkach użytkowanych przez Powiat Mogileński”**

**Odpowiedzi na pytania do treści SIWZ**

Zamawiający, informuję że do w/w. postępowania wpłynęły pytania do treści SIWZ.

W związku z tym Zamawiający zgodnie z art. 38 ust 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo Zamówień Publicznych ( Dz.U. z 2018 r. poz 1986, 2215) przekazuje treść pytań wraz z wyjaśnieniami.

**Pytanie nr 1**

Działając na podstawie art. 38 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych, wnoszę o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, poprzez dookreślenie zasad realizacji przez Zamawiającego obowiązku wynikającego z art. 142 ust 5 ustawy prawo zamówień publicznych.

Zamawiający w zapisach umowy zobowiązał się do przeprowadzenia waloryzacji w razie zaistnienia przesłanek z art. 142 ustawy PZP wedle starego brzmienia tego artykułu, które nie uwzględnia zmiany przepisów ustawy prawo zamówień publicznych od 1 stycznia 2019 r., zgodnie z którą w przepisie art. 142 ust. 5 dodano nowy pkt. 4 ustawy prawo zamówień publicznych, który otrzymał następujące brzmienie:

„4) zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych”.

Mając powyższe na względzie - na podstawie przepisu art. 38 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych. (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) wnioskujemy o wprowadzenie w treści umowy w zakresie regulacji art. 142 ust. 5 nowej przesłanki wynikającej z pkt. 4.

W uzasadnieniu wskazujemy, że w dniu 4 października 2018 r. Sejm uchwalił ustawę z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych. Zgodnie z treścią art. 120 przywołanej powyżej ustawy, na jej mocy ulega zmianie treść ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 poz. 1579 z późn.zm.) poprzez wprowadzenie następujących zmian „w art. 142 w ust. 5 po pkt 3 dodaje się przecinek oraz pkt 4 w brzmieniu:

„4) zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych”.

### **Pytanie nr 2**

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 Zespołów Arbitrów 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. 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 obciążone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Stanowisko powyższe znajduje pełne potwierdzenie m.in. wyroku Zespołu Arbitrów 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 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.

### **Pytanie nr 3**

Czy ilość etatów wymaganych w SIWZ dotyczy 18 etatów na pełen etat czy mogą być na 1/2, 1/3?

### **Odpowiedź na pytanie nr 1**

Zamawiający informuje że zgodnie z zapisem § 13 ust 1 załącznika nr 7 do SIWZ Projektu umowy „W sprawach nie uregulowanych niniejszą umową mają zastosowanie przepisy Kodeksu Cywilnego oraz przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych”, w związku z czym w przypadku wystąpienia przesłanek zastosowania art. 142 ust. 5 Pzp Zamawiający zobowiązuje się do przeprowadzenia waloryzacji na podstawie obowiązujących przepisów ustawy Pzp.

### **Odpowiedź na pytanie nr 2**

Zamawiający informuje że kary umowne które zostały zawarte w załączniku nr 7 do SIWZ „Projekt umowy” pozostają bez zmian. W ocenie Zamawiającego, ustanowione w umowie kary umowne z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy nie są rażąco wygórowane w kontekście szacowanej wartości umowy.

W efekcie, zdaniem Zamawiającego przewidziane w umowie kary umowne nie powodują

ograniczenia dostępu do zamówienia. Zamawiający zwraca uwagę, że zgodnie z orzecznictwem KIO kara umowna ma nie tylko charakter odszkodowawczy ale również prewencyjno - wychowawczy. Kara umowna ma stanowić zaporę dla dokonywania naruszeń, a skuteczną barierą będzie wtedy, kiedy jej dolegliwość będzie miała znaczenie, w sensie finansowym, dla wykonawcy. I tak, zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 kwietnia 2013 r., sygn.akt KIO 779/13:

*„Celem ustalenia kary umownej jest uproszczenie postępowania dowodowego i przyśpieszenie uzyskania odszkodowania w wyniku wykazania przez wierzyciela, że dłużnik nie wykonał lub nienależycie wykonał zobowiązanie, a przesłanką powstania roszczenia zamawiającego o zapłatę kary umownej może być, co do zasady, każda postać niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego przez wykonawcę, wynikającego z niedołożenia należytej staranności (...). Aby kara umowa wywierała zamierzony skutek, jej dolegliwość musi mieć znaczenie finansowe dla wykonawcy. Kara umowna ma stanowić nie tylko surogat odszkodowania, jej celem jest również skłonienie wykonawcy do właściwego wykonania swego zobowiązania (funkcja kary prewencyjno-odszkodowawcza).”*

Podobne stanowisko zajęła Izba w wyrokach - z dnia 22 grudnia 2008 r., sygn.. akt KIO/UZP 1431/08, z dnia 30 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1189/10 i z dnia 24 lutego 2012 r., sygn. akt KIO 291/12.

Należy również przypomnieć, że modyfikowanie wysokości kary umownej w przypadku wystąpienia zdarzenia uzasadniającego jej zapłatę, dopuszczalne jest według kodeksu cywilnego w dwóch przypadkach: gdy zobowiązanie w znacznej części zostało wykonane oraz gdy kara jest rażąco wygórowana (art. 484 § 2 k.c.). Obniżenie kary może wówczas nastąpić na żądanie dłużnika i jest usprawiedliwione tym, że zastrzeżenie kary nie powinno prowadzić do nieuzasadnionego wzbogacenia wierzyciela.

### **Odpowiedź na pytanie nr 3**

Pracownicy zatrudnieni przez Wykonawcę mogą być zatrudnieni na dowolny wymiar etatu. Ilość wymaganych etatów określonych przez Zamawiającego w SIWZ dotyczy zatrudnienia na minimum 18 etatów realizowanych przez dowolną liczbę pracowników. Łączna ilość wymiaru etatów osób zatrudnionych przez Wykonawcę musi dawać min 18 etatów.

PRZEWODNICZĄCY ZARZĄDU

.....*Bartosz Nowacki*.....

(podpis Zamawiającego)

