

Wrocław, 28.06.2022r.

DPIN/2022

INFORMACJA NR 1 DLA WYKONAWCÓW

Dotyczy: „Świadczenia usług ochrony fizycznej Kompleksu DPIN S.A. wraz z obsługą portiersko-recepcyjną, w tym także mienia znajdującego się w Kompleksie oraz osób na nim przebywających, połączone z zapewnieniem zmotoryzowanej grupy interwencyjnej”.

Na podstawie art. 284 i 286 ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021r., poz. 1129 ze zm.), Zamawiający udziela odpowiedzi na pytania:

Pytanie nr 1

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 nie wyraża zgody na otrzymywanie faktur ustrukturyzowanych za pośrednictwem Krajowego Systemu e-Faktur. Zamawiający wyrażamy zgodę na otrzymywanie faktur elektronicznych poprzez przesłanie ich na wskazany adres e-mail.

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 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 zmianę, o której mowa w pytaniu.

W ocenie Zamawiającego, ustanowione w umowie kary umowne z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy nie są rażąco wygórowane w kontekście szacowanej wartości umowy. Zamawiający zwraca uwagę, że zgodnie z orzecznictwem KIO kara umowna ma nie tylko charakter odszkodowawczy ale również prewencyjno - wychowawczy. Zatem nieprawidłowe jest stanowisko pytającego jakoby kara umowna pełniła wyłącznie funkcję kompensacyjną. Orzecznictwo sądów nie ma wątpliwości co do mnogości funkcji jakie pełnić może kara umowna, np. „O ile w zasadniczym modelu kary umownej przyjętym w Kodeksie cywilnym prymat należy przyznać funkcji kompensacyjnej, jest ona surogatem odszkodowania za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania niepieniężnego i ma na celu naprawienie szkody poniesionej przez wierzyciela, tym niemniej wolą stron może dojść do wzmocnienia jej wtórnego - represyjnego i prewencyjnego oddziaływania. Funkcja represyjnej kary umownej szczególnie widoczna jest wówczas, gdy strony już przy zawieraniu umowy przewidują karę umowną przewyższającą wysokość potencjalnej szkody, element represji wyraża się również w uniezależnieniu prawa do domagania się należności z tytułu kary umownej od wielkości szkody. Równie ważnym zadaniem kary umownej jest zabezpieczenie wykonania zobowiązania, tym samym zwiększenie realności wykonania zobowiązania oraz ułatwienie naprawienia szkody. Takie oddziaływanie można określić mianem funkcji stymulacyjnej kary umownej, bowiem jej zastrzeżenie ma mobilizować dłużnika do prawidłowego wykonania zobowiązania. Kara umowna w tym zakresie służy ochronie interesów prawnych wierzyciela” – wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 27 lutego 2013 r., I ACa 99/13. Podobne stanowisko prezentowane jest w literaturze przedmiotu „Zakres zastosowania kar umownych w stosunkach obrotu jest bardzo szeroki. Spełnia ona bowiem różnorodne funkcje, w szczególności funkcję odszkodowawczą, stymulacyjną, symplifikacyjną i represyjną” - K. Pietrzykowski (red.), Kodeks cywilny. T. II. Komentarz. Art. 450–1088. Przepisy wprowadzające, wyd. 10, Warszawa 2021. Również w praktyce zamówień publicznych zwraca się uwagę, że 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 przyspieszenie uzyskania odszkodowania w wyniku wykazania przez wierzyciela, że dłużnik nie wykonał lub nienależyte 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.

Pytanie nr 3

Łączna maksymalna wysokość kar umownych, których mogą dochodzić Strony, nie może przekroczyć 50% wynagrodzenia brutto, o którym mowa w § 5 ust. 1.

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 zamówienia, 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, świadczącą 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 dostępującej 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.

Wskazujemy również, że postanowienie w § 7 pkt. 6 jest niesymetryczne względem uprawnień wykonawcy. Wykonawcy w ogóle nie przysługuje uprawnienie do nakładania jakichkolwiek kar umownych na Zamawiającego. Tym samym Zamawiający nadużywa przysługującego mu prawa do kształtowania postanowień umownych. Wykonawca jest bowiem w dużo gorszej sytuacji i przysługują mu mniejsze prawa niż Zamawiającemu w takiej samej sytuacji faktycznej. Zastrzeżenie dokonane przez zamawiającego na swoją korzyść potwierdza bowiem wyżej przedstawione tezy, że kary umowne sformułowane we wzorze umowy, zostały zdefiniowane niezgodnie z celem, określonym w prawie cywilnym i nie służą także realizacji zasad Prawa zamówień publicznych, w tym w szczególności nie zostały ustalone proporcjonalnie względem przedmiotu zamówienia.

Wnosimy zatem o zmianę postanowienia umownego na: Łączna wartość kar umownych nałożonych na Wykonawcę nie może przekraczać 30% wartości netto przedmiotu określonej w punkcie XIV

Odpowiedź: Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę, o której mowa w pytaniu.

Ponadto Zamawiający nie zgadza się ze stanowiskiem zaprezentowanym w zapytaniu. W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że zapłata kar umownych jest możliwa dopiero wówczas, gdy wykonawca nie wykona lub niewłaściwie wykona zobowiązanie. Zatem stwierdzenie pytającego, że kary umowne mają za zadanie pokryć Wykonawcy część kosztów z tytułu zawartej umowy jest fałszywy. Jeśli umowa zostanie wykonana prawidłowo to zapisy dotyczące kar umownych, będących uszczegółowieniem zasad ogólnych dotyczących odpowiedzialności ex contractu, nie znajdą zastosowania – wyrok SN z 16.1.2013 r. II CSK 331/12. Kara umowna jest umowną sankcją cywilnoprawną, która przewidziana jest na wypadek naruszenia więzi obligacyjnej przez dłużnika i strony korzystają z kar umownych w ramach przyznanej im autonomii woli. Jak to trafnie wywiodła KIO w uzasadnieniu wyr. z 4.9.2018 r. (KIO 1601/18, Legalis), kara umowna jest dodatkowym zastrzeżeniem umownym, wprowadzanym do umowy w ramach swobody kontraktowania, mającym na celu wzmocnienie skuteczności więzi

powstałej między stronami w wyniku zawartej przez nie umowy i służy realnemu wykonaniu zobowiązań.

Z przepisów ustawy Pzp nie wynika, by kary umowne musiały być zastrzegane w umowie w sposób symetryczny dla obu stron kontraktu, zatem za dopuszczalne uznać należy zastrzeżenie kar umownych wyłącznie na rzecz zamawiającego. W wyr. KIO z 3.10.2014 r. (KIO 1944/14, Legalis) wyrażono pogląd, że elementy takie jak kary umowne nie muszą być symetryczne dla wykonawcy i zamawiającego, a niejednakowy rozkład kar umownych nie świadczy sam w sobie o braku ekwiwalentności świadczeń. Dysproporcje w karach umownych mogą wynikać z samego charakteru stosunku prawnego łączącego strony i nie muszą oznaczać nierówności stron. Biorąc pod uwagę przedmiot umowy i związane z nim obowiązki stron, po stronie Zamawiającego sprowadzają się do udostępnienia obiektów podlegających ochronie i zapłacie wynagrodzenia w terminach umownych. Natomiast w przypadku Wykonawcy do podejmowania szeregu czynności związanych z wykonywaniem czynności ochroniarskich, zapewnieniem osób o odpowiednich kwalifikacjach do wykonywania czynności ochroniarskich, ich wyposażenia, umundurowania jak również pozostałych czynności dotyczących zabezpieczenia mienia Zamawiającego zastrzeżenie kar umownych wyłącznie od Wykonawcy nie stanowi naruszenia zasad współzycia społecznego ani dysproporcji kontraktowej.

Pytanie nr 4

Zwracamy się o zamieszczenie w projekcie umowy, postanowienia umożliwiającego stronom rozwiązanie umowy za 3 miesięcznym wypowiedzeniem.

Odpowiedź: *Zamawiający we wzorze umowy w §6 pkt 6 dopisuje: Każda ze stron umowy jest uprawniona do wypowiedzenia umowy z zachowaniem 3-miesięcznego okresu wypowiedzenia ze skutkiem na koniec miesiąca kalendarzowego.*

Pytanie nr 5

Zamawiający w SWZ oraz opisie przedmiotu zamówienia wymaga od Wykonawcy podjazdu (interwencji) grupy interwencyjnej. Prosimy o informację czy ów Grupa Interwencyjna przewidziana do realizacji zamówienia ma być zgodna z zapisami w rozporządzeniu Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 21 października 2011 r. w sprawie zasad uzbrojenia specjalistycznych uzbrojonych formacji ochronnych i warunków przechowywania oraz ewidencjonowania broni i amunicji?

Odpowiedź: *Zamawiający oczekuje od Wykonawcy wyposażenia Grupy interwencyjnej w dopuszczone środki przymusu bezpośredniego zgodne z ustawą o Ochronie Osób i Mienia z dnia 22 sierpnia 1997 r. oraz odpowiednimi rozporządzeniami do ww. ustawy.*

Pytanie nr 6

Czy każda przepracowana roboczogodzina pracy pracownika ochrony na obiekcie ma być wypracowywana na podstawie umowy o pracę?

Odpowiedź: *Zgodnie z zapisem §4 pkt 1 wzoru umowy: Wykonawca zobowiązuje się, że osoby wykonujące czynności, o których mowa w dziale I pkt 2 ppkt 1) – 4) Załącznika nr 1 do Umowy, będą w okresie realizacji Umowy zatrudnione przez Wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę w pełnym wymiarze etatu w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 1320 ze zm.)*

Pytanie nr 7

Czy podczas zastępstwa chorobowego Zamawiający dopuszcza zatrudnienie pracowników na podstawie umowy cywilnoprawnej?

Odpowiedź: *Zamawiający nie wyraża zgody na zmianę, o której mowa w pytaniu.*

Pytanie nr 8

W załączniku nr. 1 do umowy w powyższym postępowaniu piszą Państwo: 2. Realizacja usług objętych przedmiotem Umowy polegać będzie na:

- 1) stałej, bezpośredniej, wykonywanej przez 24 godziny na dobę, przez 7 dni w tygodniu ochronie fizycznej Kompleksu, w tym także mienia znajdującego się na obiekcie oraz osób na nim przebywających;
- 2) zapewnieniu, wykonywanej przez 5 dni w tygodniu obsługi recepcyjno-portierskiej strefy wejściowej do budynku Idea House;
- 3) zapewnieniu, wykonywanej przez 5 dni w tygodniu obsługi recepcyjno-portierskiej strefy wejściowej do budynku Business House.

Prosimy o odpowiedź ile osób ma realizować usługę ochrony, jaka ma być liczba rzeczonych posterunków i uszczegółowienie w jakich godzinach i ile osób powinno realizować przedmiot postępowania na posterunkach stałych na Państwa obiektach.

Odpowiedź: *Szczegółowy wykaz posterunków i obowiązków znajduje się w załączniku nr 4 do SWZ. Zamawiający dodatkowo wskazuje:*

- *obsługa recepcyjno-portierska budynków Idea House, Business House od poniedziałku do piątku (dni robocze) od godziny 7:00 – 15:00 pracownicy recepcji posiadają uprawnienia pracowników służby ochrony – 2 osoby;*
- *pracownik służby ochrony codziennie od 15:00 – 7:00 oraz w dni wolne i święta – 1 osoba.*

Pytanie nr 9

Plik zakres_ochrona_ZP_PN_02_2022, jest identycznym z plikiem załącznik_nr_1_do wzoru umowy, czy nie nastąpił może błąd? W SIWZ w tym załączniku załącznik_nr_1_do wzoru umowy powołują się Państwo na: „Szczegółowy zakres obowiązków pracowników ochrony”, stanowiący załącznik nr 4 do SWZ, pośród dokumentacji nie potrafimy odnaleźć podobnego załącznika. Prosimy więc o jego dołączenie do dokumentacji przetargowej lub uściślenie do czego zapisy o: „Szczegółowy zakres obowiązków pracowników ochrony”, stanowiący załącznik nr 4 do SWZ się odnoszą.

Odpowiedź: *Zamawiający udostępnia właściwy załącznik nr 4 SZCZEGÓŁOWY WYKAZ OBOWIĄZKÓW PRACOWNIKÓW OCHRONY.*

*Przewodnicząca Komisji Przetargowej
Katarzyna Trela*