

Działając zgodnie z pkt 11 i 27 Ogłoszenia o zamówieniu na usługi społeczne o wartości poniżej 750 000 euro oraz art. 38 ust. 2 i 4 ustawy z dnia 29. 01. 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986, z późn. zm.), Zamawiający w ramach prowadzonego postępowania w celu udzielenia zamówienia na świadczenie na rzecz Miejskiego Urzędu Pracy w Lublinie całodobowej usługi stałej, bezpośredniej, jednoosobowej ochrony fizycznej mienia należącego do Zamawiającego, w związku z wniesionymi pytaniami dotyczącymi treści ogłoszenia o zamówieniu **przekazuje treść wniesionych pytań wraz z wyjaśnieniami oraz dokonaną modyfikacją Ogłoszenia o zamówieniu.**

Treść pytania nr 1

„1. 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:

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.).

Faktury elektroniczne będą Zamawiającemu wysyłane na adres e-mail:

Zamawiający zobowiązuje się do poinformowania Wykonawcy o każdorazowej zmianie ww. adresu mailowego.

Osobą upoważnioną do kontaktów w sprawie e-faktur ze strony Zamawiającego jest

ODPOWIEDŹ

Zamawiający wyjaśnia, iż nie akceptuje wystawiania i dostarczania w formie elektronicznej, w formacie PDF: faktur, faktur korygujących oraz duplikatów faktur.

Treść pytania nr 2

„2. Mając na uwadze treść wzoru umowy wnoszę 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 obciążone 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 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 nieważność 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”.

ODPOWIEDŹ

Zamawiający wyjaśnia, iż przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie regulują kwestii dotyczącej kar umownych określanych przez Zamawiającego istotnych warunkach zamówienia lub wzorze umowy. Zamawiający uprawniony jest zatem sam do kształtowania postanowień umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Przy uwzględnieniu zasady swobody umów określonej w art. 353¹ k.c. strony mogą ułożyć stosunek prawny według swojego uznania. Zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą na gruncie prawa zamówień publicznych zasada swobody umów ulega ograniczeniu poprzez fakt, iż Zamawiający wymaga, by Wykonawca zawarł umowę na określonych warunkach. Niniejsze warunki, zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający winien zawrzeć w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, co w przypadku niniejszego postępowania na usługi stałej, bezpośredniej, jednoosobowej ochrony fizycznej mienia należącego do Zamawiającego zostało spełnione poprzez zastosowanie wzoru umowy będącego załącznikiem do ogłoszenia o zamówieniu. Z tak skonstruowanych przepisów prawa wynika uprawnienie dla Zamawiającego do ukształtowania postanowień umowy, w tym w zakresie kar, zgodnie z jego potrzebami i wymaganiami. Krajowa Izba Odwoławcza niejednokrotnie podkreśliła, iż przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych modyfikują w tym zakresie zasadę równości stron stosunku zobowiązaniowego i stanowią specyficzne ograniczenie zasady swobody umów wynikającą z przepisów kodeksu cywilnego. Podkreślić należy że „Zamawiający działa w interesie publicznym i ryzyko niepowodzenia zamierzonego w postępowaniu celu może prowadzić do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości.”(zgodnie np. z wyrokiem KIO 654/16, KIO 47/18).

Ryzyko Zamawiającego przewyższa ryzyko w ramach prowadzonej działalności gospodarczej występujące przy umowach zawieranych przez dwóch przedsiębiorców. Co więcej, zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem orzecznictwem, Zamawiający nie jest zobligowany do przewidzenia w przyszłej umowie kar umownych dla samego siebie.

Podkreślić należy, iż przyjęte w zapisach wzoru umowy kary oraz ich wysokość pełnią funkcję prewencyjną i zabezpieczają interes publiczny przed naruszeniami ze strony Wykonawcy, co jest szczególnie istotne przy realizacji umów dotyczących zamówień publicznych, gdzie zamawiający nie może w sposób dowolny wybrać podmiotu realizującego zamówienie. Kara umowna ma charakter nie tylko odszkodowawczy, Zamawiający ma zatem prawo użyć dozwolonych przepisami prawa środków zabezpieczających interes Zamawiającego, bowiem nienależyte wykonanie postanowień umowy mogą skutkować dla Zamawiającego poważnymi konsekwencjami.

Dodatkowo, zgodnie z orzecznictwem KIO (np. sygn. akt 1431/08, sygn. akt 654/16) „...kara umowna ma stanowić zaporę dla dokonywania naruszeń, a skuteczną barierą będzie wtedy, kiedy jej dolegliwość będzie miała znaczenie w sensie finansowym dla Wykonawcy....”.

Jednocześnie Zamawiający podkreśla, że przewidziana we wzorze kara umowna w wysokości 20 % dotyczy przypadku odstąpienia od umowy lub jej wypowiedzenia z powodu okoliczności, za które odpowiedzialność ponosi Wykonawca. Działanie Zamawiającego nie ma więc charakteru dobrowolności w ocenie sytuacji i zastosowania kary bez uzasadnienia. Nadmienić również należy, że stosowanie kar umownych na poziomie nawet 20 % jest przyjętą praktyką w ustalaniu wysokości kar.

Podkreślić także należy, że postanowienia umowne w zakresie kar nie powodują różnego traktowania potencjalnych wykonawców, a także nie ograniczają dostępu do zamówienia.

Zamawiający jest jednostką sektora finansów publicznych i jako taka ponosi odpowiedzialność chociażby za naruszenia z tytułu odpowiedzialności za naruszenie ustawy o finansach publicznych oraz innych przepisów prawa.

Biorąc pod uwagę powyższe okoliczności, znajdujące również potwierdzenie w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej, Zamawiający nie dopuszcza proponowanych przez Wykonawcę zmian we wzorze umowy będącym załącznikiem nr 7 do Ogłoszenia o zamówieniu.

Treść pytania nr 3

„3. Wnosimy o modyfikację zapisów § 11 wzorca umowy - w zapisach dotyczących zmian umowy w zakresie wynagrodzenia należnego wykonawcy brak jest nowej przesłanki waloryzacyjnej obowiązującej od 01.01.2019 r. tj. - zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych. Zatem prosimy o dostosowanie zapisów do obowiązujących przepisów prawa.”

Treść pytania nr 4

„4. 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”.

ODPOWIEDŹ DOTYCZĄCA PYTANIA NR 3 I 4

Zamawiający wyjaśnia, iż zgodnie z zapisami umowy będącej załącznikiem nr 7 do Ogłoszenia o zamówieniu (§ 20 ust. 1 lit. b) Zamawiający przewiduje, iż strony mogą dokonać zmiany postanowień umowy (...) dotyczących zmiany przepisów prawa, innych niż określone pod literą a). Wskazany w § 20 ust. 1 lit. b katalog zmian ma charakter otwarty, w związku z czym obejmuje on również zmiany przepisów prawa dotyczących wprowadzenia regulacji wynikających z uchwalenia Ustawy z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych.

Niemniej jednak przychylając się do prośby Wykonawcy Zamawiający **dokonuje zmiany treści załącznika nr 7** do Ogłoszenia modyfikując zapis:

- w § 20 w ust. 1 wzoru umowy:

po lit. b) dodaje się lit. c) w następującym brzmieniu:

„c) zmiany zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych, jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonywania zamówienia”.

- w § 20 w ust. 3 wzoru umowy:

po lit. b) dodaje się lit. c) w następującym brzmieniu:

„c) pisemne szczegółowe zestawienie zmian (zarówno przed, jak i po zmianie) w zakresie zasad gromadzenia i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych związanych z zatrudnieniem pracowników wykonujących przedmiot Umowy – w przypadku zmiany zasad gromadzenia, i wysokości wpłat do pracowniczych planów kapitałowych, o których mowa w ustawie z dnia 4 października 2018 r. o pracowniczych planach kapitałowych”.

- § 20 wzoru umowy w ten sposób, że:

po ust. 3 dodaje się ust. 4 w następującym brzmieniu:

„4. Zamawiającemu przysługuje prawo żądania od Wykonawcy dodatkowych wyjaśnień dotyczących złożonego wniosku, o którym mowa w ust. 3, oraz złożonych dokumentów potwierdzających zmiany. W ramach wyjaśnień Zamawiający może żądać dodatkowych dokumentów dotyczących okoliczności, na które powołuje się Wykonawca”.

W związku z powyższym zmianie ulega numeracja kolejnych ustępów § 20 umowy w ten sposób, że dotychczasowy ust. 4, 5 i 6 zmienia się odpowiednio na ust. 5, 6 i 7.

- W załączeniu wzór umowy po modyfikacji stanowiącej załącznik nr 7 do ogłoszenia o zamówieniu. Dokonane we wzorze umowy zmiany zostały oznaczone kolorem czerwonym.

Treść pytania nr 5

„Jeśli pracownicy nie są wpisani na listę KPO to są dozorcami a nie pracownikami ochrony proszę o sprecyzowanie bo jest to niezgodne z Ustawą o Ochronie Osób i Mienia z dn22 sierpnia1997r”.

ODPOWIEDŹ

Zamawiający wyjaśnia, iż zapisy zawarte w pkt. 9 Ogłoszenia o zamówieniu w przedmiotowym postępowaniu są zgodne z Ustawą o ochronie osób i oienia dnia 22 sierpnia 1997 r. (Dz. U. z 2018 r., poz. 2142, z późn. zm.) bowiem zgodnie z definicją pracownika ochrony zawartą w art. 2 pkt 6 Ustawy o ochronie osób i mienia rozumie się osobę wpisaną na listę kwalifikowanych pracowników ochrony fizycznej lub kwalifikowanych pracowników zabezpieczenia technicznego i wykonującą zadania ochrony w ramach wewnętrznej służby ochrony albo na rzecz przedsiębiorcy, który uzyskał koncesję na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia, lub osobę wykonującą zadania ochrony, w zakresie niewymagającym wpisu na te listy, na rzecz przedsiębiorcy, który uzyskał koncesję na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie usług ochrony osób i mienia.

Jednocześnie Zamawiający dokonuje modyfikacji treści Ogłoszenia o zamówieniu na usługi społeczne o wartości poniżej 750 000 EURO z dnia 31.01.2019 r. dotyczącego świadczenia na rzecz Miejskiego Urzędu Pracy w Lublinie całodobowej usługi stałej, bezpośredniej, jednoosobowej ochrony fizycznej mienia należącego do Zamawiającego w zakresie:

- pkt 17 poprzez przedłużenie terminu składania ofert w następujący sposób:

17. Miejsce oraz termin składania i otwarcia ofert:

17.1. Miejsce oraz termin składania ofert:

- Miejski Urząd Pracy w Lublinie, ul. Niecała 14, pokój nr 101 (kancelaria)
- Do **12.02.2019 r. godz.: 10.00**

17.2. Miejsce oraz termin publicznego otwarcia ofert:

- Miejski Urząd Pracy w Lublinie, ul. Niecała 14, pokój nr 301
- **12.02.2019 r. godz. 10.30**

W związku z powyższym punkt 16.9 ogłoszenia o zamówieniu otrzymuje brzmienie :

Ofertę należy składać w zapieczętowanej lub w inny trwały sposób zabezpieczonej kopercie z nazwą i adresem Wykonawcy oraz dopiskiem:

**ZAMÓWIENIE NA USŁUGI SPOŁECZNE – Usługa ochrony – NIE OTWIERAĆ PRZED
12.02.2019 r. przed godziną 10.30**

Załącznik:

Wzór umowy po modyfikacji