

Kraków, 14 stycznia 2022

Dotyczy: Postępowania pod nazwą Zapewnienie usług ochrony w Pałacu Zbaraskich (Potockich) przy Rynku Głównym 20/ul. Brackiej 2 w Krakowie, Numer referencyjny postępowania: 1/2022

Zestaw pytań nr 1

Działając imieniem Zamawiającego, przedstawiam wyjaśnienia treści SWZ w postaci odpowiedzi na pytania zadane przez Wykonawców.

Pytanie nr 1:

Zgodnie z art. 433 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający może ograniczyć zakres zamówienia pod warunkiem wskazania minimalnej wartości świadczenia stron.

Zamawiający w § 5 ust. 2 pkt 2 wzoru umowy dopuszcza możliwość ograniczenia zakresu zamówienia nie podając minimalnej wartości świadczenia stron, czym narusza przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, za pomocą określeń nieprecyzyjnych i ogólnych tj. w sposób nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję. Działanie Zamawiającego prowadzi do sytuacji, w której będzie on miał możliwość dowolnego interpretowania i stosowania mechanizmu obniżenia (wpływającego na zmianę wynagrodzenia będącego istotną w rozumieniu art. 454 ust. 2 ustawy pzp zmianą postanowień zawartej umowy), co narusza zasadę swobody umów wyrażoną w art. 3531 kodeksu cywilnego. W konsekwencji powyższego Zamawiający pozbawia Wykonawców możliwości dokonania rzetelnej oceny ryzyka zmiany wysokości wynagrodzenia na skutek stosowania obniżenia, która powinna być dokonywana w oparciu o jednoznaczne i jednolicie interpretowane przez wszystkich Wykonawców kryteria. Prowadzi to z kolei do niemożliwości przyjęcia przez Wszystkich Wykonawców tych samych założeń przy budowie swoich ofert, a tym samym obliczenia ich ceny, która stanowi istotne kryterium oceny ofert w niniejszym postępowaniu. Czynności Zamawiającego są sprzeczne z bezwzględnie obowiązującymi przepisami prawa są w konsekwencji nieważne z mocy art. 58 § 1 kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 454 ustawy Pzp istotna zmiana umowy wymaga przeprowadzenia nowego postępowania o udzielenie zamówienia.

Zamawiający nie może jednostronnie modyfikować postanowień umowy. Wykonawca winien mieć gwarancję uzyskiwania zleceń w zakresie wynikającym z SWZ i umowy, gdyż Wykonawca kalkuluje ofertę w oparciu o konkretny opis przedmiotu zamówienia, nadto ponosi koszty gotowości do świadczenia usługi; jednostronna modyfikacja umowy przez Zamawiającego w skrajnych przypadkach może prowadzić do nieopłacalności całego przedsięwzięcia ze strony Wykonawcy; zatem wszelkie zmiany niniejszej umowy dotyczące zakresu przedmiotu świadczenia winny wymagać zgody obu stron oraz formy pisemnego aneksu.

Odpowiedź na pytanie nr 1:

Zamawiający pragnie zwrócić uwagę Wykonawców na treść §5 ust. 1. umowy zgodnie z którym:

*Wszelkie zmiany i uzupełnienia do niniejszej Umowy mogą być dokonane **za zgodą obu Stron** wyrażoną na piśmie pod rygorem nieważności*

W związku z powyższym, dywagacje Wykonawcy jakoby Zamawiający miał zastrzec sobie prawo do jednostronnej zmiany świadczonych usług, nie znajdują oparcia **w treści Umowy**.

Zamawiający pragnie podkreślić, że katalog zmian określony w §5 ust. 2 Umowy ma na celu jedynie umożliwienie ich wprowadzenia w przypadku **zgody obu Stron**, a został określony w związku z zakazem wprowadzania istotnych zmian do umowy, o jakim mowa w art. 454 i n. Ustawy PZP. Zatem w tym przypadku zastosowania nie ma art. 433 pkt 4 Pzp, który odnosi się do jednostronnej zmiany zakresu umowy.

Pytanie nr 2:

W §9 pkt. 7 umowy Zamawiający wskazał, że:

Naliczenie kar umownych z poszczególnych tytułów wskazanych w niniejszym paragrafie jest niezależne od siebie, z zastrzeżeniem, iż limit kar umownych (łączna maksymalna wysokość kar umownych), jakich Zamawiający może żądać z wszystkich tytułów przewidzianych w niniejszej Umowie, wynosi 70 % maksymalnego wynagrodzenia brutto (tj. za cały okres wykonywania ochrony stałej) Wykonawcy określonego w § 3 ust. 1 pkt 1.1 Umowy.

Określenie górnej granicy kar, które mogą być nałożone na wykonawcę na poziomie 70% wartości wynagrodzenia brutto powoduje, że pomimo zrealizowania przedmiotu zamówienia wykonawca może nie otrzymać zapłaty za ponad 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 orzeczniczą 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. Ustalona, w Istotnych postanowieniach umownych (§9 pkt. 1.1 umowy) kara za odstąpienie wynosi 20% maksymalnego wynagrodzenia brutto. Już z tego choćby powodu maksymalna

wysokość sumy kar umownych ustalona została z naruszeniem Prawa zamówień publicznych i kodeksu cywilnego.

Wskazujemy również, że postanowienie §9 pkt. 7 umowy 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 20% maksymalnego wynagrodzenia brutto (tj. za cały okres wykonywania ochrony stałej) Wykonawcy określonego w § 3 ust. 1 pkt 1.1 Umowy.

Odpowiedź na pytanie nr 2:

Zamawiający dopuszcza zmianę wnioskowaną przez Wykonawcę i określa nowe brzmienie §9 ust. 7 Projektowanych postawień umownych, na następującą:

1. *Naliczenie kar umownych z poszczególnych tytułów wskazanych w niniejszym paragrafie jest niezależne od siebie, z zastrzeżeniem, iż limit kar umownych (łącznie maksymalna wysokość kar umownych), jakich Zamawiający może żądać z wszystkich tytułów przewidzianych w niniejszej Umowie, wynosi 20 % maksymalnego wynagrodzenia brutto (tj. za cały okres wykonywania ochrony stałej) Wykonawcy określonego w § 3 ust. 1 pkt 1.1 Umowy.*

Dodatkowo wprowadza się ust. 8 do §9, o brzmieniu:

8. *Zamawiający zapłaci Wykonawcy karę w przypadku odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, w wysokości 20 % maksymalnego wynagrodzenia brutto (tj. za cały okres świadczenia ochrony stałej) określonego w oparciu § 3 Umowy.*

Tekst jednolity umowy, uwzględniający dokonane powyżej zmiany zostanie opublikowany wraz z niniejszym zestawem pytań.

Pytanie nr 3

Zamawiający wymaga, aby Wykonawca na wezwanie Zamawiającego, przedłożył (do kierownika działu administracji) zaświadczenia o niekaralności pracowników.

Wnoszę o wykreślenie wymogu dotyczącego przedłożenia zaświadczenia o niekaralności z Krajowego Rejestru Karnego i zastąpienie zaświadczenia dokumentem w postaci oświadczenia złożonego przez Wykonawcę o niekaralności. GIODO w dniu 15.02.2013 r. zajęło negatywne stanowisko w sprawie żądania informacji z KRK,

które powinno być przestrzegane przez instytucje Zamawiających. Zaznaczam, iż wewnętrzne zarządzenia Zamawiającego nie mogą uchylać ustawy, stąd wnioskuję o uznanie wyłącznie oświadczeń o niekaralności pracowników złożonych przez Wykonawcę.

Zauważyć również należy, że art. 10 RODO określa zasady przetwarzania danych osobowych o wyrokach skazujących, czynach niedozwolonych lub powiązanych środkach bezpieczeństwa. Pracodawca nie może więc, nawet za zgodą kandydata do pracy lub pracownika, przetwarzać jego danych osobowych o wyrokach skazujących, czynach niedozwolonych lub powiązanych środkach bezpieczeństwa. Informacja, iż dana osoba nie widnieje w Krajowym Rejestrze Karnym, jest również informacją zawierającą dane określone w art. 10 RODO. Zatem każde zaświadczenie o niekaralności, które będzie zawierało informacje o wyrokach skazujących, czy też informację o tym, że dana osoba nie była skazana, będzie informacją dotyczącą wyroków skazujących i czynów zabronionych w rozumieniu RODO.

Przetwarzanie danych dotyczących wyroków skazujących i naruszeń prawa jest dopuszczalne tylko wtedy, gdy jest to niezbędne do wypełnienia obowiązku pracodawcy nałożonego przepisem prawa. Przetwarzanie danych o karalności pracownika jest więc dopuszczalne wyłącznie wówczas, jeżeli wymóg niekaralności pracownika wynika z przepisów powszechnie obowiązującego prawa. Powyższe oznacza, że żądanie od pracownika przedłożenia oświadczenia lub zaświadczenia o niekaralności nie jest dopuszczalne nawet za jego zgodą.

Wymóg niekaralności co prawda istnieje w stosunku do pracownika ochrony - zgodnie z art. 26 ust. 3 pkt. 5 oraz art. 31 ustawy o ochronie osób i mienia, lecz jednocześnie w ust. 6 ustawodawca wskazał, w jaki sposób kwalifikowany pracownik ochrony winien potwierdzać swoją niekaralność – tj. oświadczeniem własnym, złożonym pod rygorem odpowiedzialności karnej za składanie fałszywych zeznań.

Reasumując, należy uznać za niedopuszczalne żądanie przedłożenia przez pracowników ochrony na potwierdzenie ich niekaralności – zaświadczeń z Krajowego Rejestru Karnego.

Pytanie nr 4:

Wnoszę o wykreślenie wymogu dotyczącego przedłożenia zaświadczeń o niekaralności z Krajowego Rejestru Karnego i zastąpienie zaświadczenia dokumentem w postaci oświadczenia złożonego przez Wykonawcę o niekaralności. GIODO z dnia 15.02.2013 w sprawie żądania informacji z KRK zajęło negatywne stanowisko, które powinno być przestrzegane przez instytucje Zamawiających. Zaznaczamy, iż wewnętrzne zarządzenia Zamawiającego nie mogą uchylać ustawy, stąd wnioskujemy o uznanie wyłącznie oświadczeń o niekaralności pracowników złożonych przez Wykonawcę.

Odpowiedź na pytanie nr 3 i 4:

Zamawiający wyjaśnia, że nie wymaga przedstawiania zaświadczeń z Krajowego Rejestru Karnego na etapie tak postępowania jak i wykonania umowy. Treść załącznika nr 5b do SWZ nie wymaga przedstawienia takiego dokumentu, postępując się wyłącznie pojęciem „zaświadczenia” nie zaś „zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego”. Zamawiający wyjaśnia, że w związku z powyższym dopuściłby także zaświadczenie własne Wykonawcy. W celu uniknięcia wątpliwości, Zamawiający jednoznacznie wskazuje, że nie będzie wymagał zaświadczenia z Krajowego Rejestru Karnego, wystarczające będzie oświadczenie złożone przez wykonawcę w takim zakresie.

Pytanie nr 5:

Uprzejmie proszę o informację, czy Zamawiający akceptuje wystawienie przez wykonawcę ustrukturyzowanych faktur korygujących, dotyczących wykonania umowy o przedmiotowe zamówienie publiczne oraz przesłanie tychże dokumentów za pośrednictwem Platformy Elektronicznego Fakturowania <https://www.brokerinfinite.efaktura.gov.pl/> ?

Odpowiedź na pytanie nr 5:

Zamawiający akceptuje wystawienie takich dokumentów i oświadcza, że przy realizacji zamówienia będą dochowane wszelkie wymogi odnośnie przekazywania faktur elektronicznych, nakładane na strony umowy przez odpowiednie przepisy prawa.

Pytanie nr 6:

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.

Pytanie nr 7:

Zamawiający w umowie określił wysokość kar umownych jakie będą naliczane w przypadku niewykonania bądź nienależytego wykonania umowy. Obciążenie finansowe jakie może wynikać w związku z wysokością nałożonych kar za konkretne uchybienie jest nieadekwatne do wartości zamówienia. Wobec powyższego wnoszę o obniżenie kar umownych o 50%

Odpowiedź na pytanie nr 6 i 7:

Z uwzględnieniem odpowiedzi na pytanie nr 2, Zamawiający nie widzi podstaw do zmiany pozostałych zapisów umowy.

Pytanie nr 8:

Czy zamawiający dopuszcza realizację usługi przez osoby posiadające orzeczenie o niepełnosprawności, a jeśli tak, to na jakich stanowiskach?

Pytanie nr 9:

Czy Zamawiający dopuszcza do realizacji usługi osoby z orzeczonym stopniem niepełnosprawności?

Odpowiedź na pytanie nr 8 i 9:

Zamawiający dopuszcza realizację usługi przez osoby posiadające orzeczenie o niepełnosprawności, o ile faktyczny zakres niepełnosprawności oraz jego stopień nie uniemożliwi realizację przedmiotu zamówienia.

Pytanie nr 10

Proszę o informację, czy wskazany przez zamawiającego wymóg zatrudnienia osób na umowę o pracę oznacza, że każda roboczogodzina pracy osób wykonujących czynności portierskie/ochronne musi być wypracowana w ramach umowy o pracę i Zamawiający nie dopuszcza w tym zakresie zawarcia z takimi osobami umów cywilnoprawnych.

Pytanie nr 11:

Czy Zamawiający wymaga by wykonawca do realizacji usługi skierował osoby zatrudnione wyłącznie na podstawie umowy o pracę (każda roboczogodzina pracy pracownika ochrony winna być wypracowana na obiekcie Zamawiającego wyłącznie na podstawie umowy o pracę) zgodnie z ustawy prawo zamówień publicznych?

Pytanie nr 12:

Czy w przypadku zadeklarowania przez pracownika ochrony pracy powyżej pełnego etatu, Zamawiający oprócz wymogu umowy o pracę w pełnym wymiarze godzin, pozostawia w gestii Wykonawcy formę zatrudnienia w dodatkowym wymiarze roboczogodzin dla tego samego pracownika?

Odpowiedź na pytanie nr 10, 11 i 12:

Ze względu na fakt, że świadczenia wykonywane przez osoby wykonujące czynności portierskie/ochronne w ocenie Zamawiającego wypełniają przesłanki uznania ich za świadczenie pracy w rozumieniu art. 22 §1 Ustawy z dnia 26 czerwca 1974 Kodeks pracy, zgodnie z którym świadczeniem pracy jest wykonywanie pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy i pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę. W związku z powyższym, mając na uwadze treść art. 95 PZP, Zamawiający wymaga, aby czynności te wykonywane były w ramach umowy o pracę.

Wykonawca winien przewidzieć odpowiednią ilość osób do należytego wykonania zamówienia, zgodnie z wymogami prawa pracy.

Pytanie nr 13:

Prosimy o udostępnienie formularza ofertowego oraz załącznika nr 2 w formie edytowanej WORD

Odpowiedź na pytanie nr 13 :

Zamawiający udostępnia wszystkie załączniki formalne do SWZ w formie edytowalnej.

Pytanie nr 14:

Czy Zamawiający wyraża zgodę na zawarcie umowy dot. wzajemnego powierzenia przetwarzania danych osobowych? Umowa chroni interesy zarówno Zamawiającego, jaki i Wykonawcy, w związku z obowiązującymi przepisami RODO.

Odpowiedź na pytanie nr 14 :

Zamawiający zakłada zawarcie umowy dot. powierzenia przetwarzania danych osobowych na warunkach i w zakresie ustalonym z wyłonionym Wykonawcą na etapie zawierania umowy na wykonanie zamówienia publicznego.

Pytanie nr 15:

Zamawiający wymaga podania w formularzu ofertowym :

„Cena brutto (razem z podatkiem VAT) za stałą ochronę na (za jeden miesiąc wykonywania usługi):”

Proszę o informację za jaki miesiąc ma Wykonawca podać wartość miesięczną?

Zaznaczam że w niektórych dniach w danym miesiącu tj. 17 i 18 kwietnia 2022 r., 01 listopada 2022 r., 24, 25 i 26 grudnia 2022 r. oraz 01 stycznia 2023 r., posterunek z 14 godzinnego zamienia się w 24 godzinny.

Wnosimy o modyfikację formularza i podanie ilości roboczogodzin za cały okres zamówienia aby oferty były porównywalne.

Odpowiedź na pytanie nr 15:

Zamawiający wymaga podania wynagrodzenia o charakterze ryczałtowym za wykonywanie usługi przez jeden miesiąc kalendarzowy. Zamawiający nie przewiduje rozliczania usługi w oparciu o roboczogodziny. Wskazane przez Wykonawcę okoliczności winny być uwzględnione i wycenione w ramach ceny ryczałtowej.

Pytanie nr 16:

Na jakiej podstawie Zamawiający wymaga:

*„W przypadku gdy wykonawca przy wykonywaniu zamówienia będzie korzystał z usług podwykonawców niebędących podmiotami udostępniającymi zasoby na zasadach określonych w art. 118 ustawy, **składa oświadczenie podwykonawcy o którym w pkt 1. „***

Według ustawy Wykonawca nie ma obowiązku wskazywania podwykonawcy na etapie składania ofert.

Wnosimy o wykreślenie powyższego zapisu gdyż Wykonawca ma prawo przedstawić podwykonawcę przed podpisaniem umowy.

Odpowiedź na pytanie nr 16:

Zamawiający uwzględni uwagę Wykonawcy i wykreśli punkt 6 z Rozdziału VII SWZ.

Pytanie nr 17:

Gdzie w formularzu ofertowym Wykonawca ma wskazać że będzie korzystać z usług podwykonawcy ? Prosimy o zamieszczenie takiego zapisu w formularzu ofertowym.

Odpowiedź na pytanie nr 17:

W związku z faktem, że na etapie postępowania Zamawiający nie wymaga wskazania części zamówienia powierzonych podwykonawcom, informacja taka nie musi być podawana w formularzu ofertowym, zatem Zamawiający nie dokonuje modyfikacji.

Pytanie nr 18 :

Czy Zamawiający wymaga od patrolu interwencyjnego prowadzenia depozytu kluczy przy otwieraniu i zamykaniu obiektów

Odpowiedź na pytanie nr 18 :

Zamawiający nie wymaga prowadzenia ww. depozytu.

Załączniki :

1. Tekst jednolity projektowanych postanowień umownych ;
2. Załączniki do SWZ w formie edytowalnej.