



MINISTERSTWO OBRONY NARODOWEJ
DEPARTAMENT ADMINISTRACYJNY

SLUZYMY
NIEPODLEGLEJ

MINISTERSTWO OBRONY NARODOWEJ
WYDZIAŁ KANCELARII JAWNYCH

Warszawa, dnia 15 listopada 2018 r.

Nr. 5268/DA

2018 - 11 - 15

XXXI

XXXI

Wykonawcy
uczestniczący w postępowaniu

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na usługę sprzątania i utrzymania w czystości pomieszczeń oraz terenu zewnętrznego (powierzchnia zewnętrzna utwardzona oraz pielęgnacja i utrzymanie terenów zieleni) w kompleksach urzędu MON przy al. Niepodległości 218, ul. Rakowieckiej 4a, ul. Puławskiej 4a, ul. Rakowieckiej 2 oraz ul. Klonowej 1, 2 i 6 w Warszawie – V części, nr sprawy 41/ZP/18;

Szanowni Państwo,

Ministerstwo Obrony Narodowej jako Zamawiający w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, działając na podstawie art. 38 ust. 2 ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą, udziela wyjaśnień treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zwanej dalej SIWZ:

Pytanie nr 1:

Prosimy o potwierdzenie, że Wykonawca w zakresie warunku udziału dotyczącego wiedzy i doświadczenia może przedstawić tą samą referencję w zakresie sprzątania i utrzymania w czystości pomieszczeń oraz terenu zewnętrznego (powierzchnia zewnętrzna utwardzona oraz pielęgnacja i utrzymanie terenów zieleni) na wszystkie części na które składa ofertę o wartości największej spośród wymaganych tj. 2 000 000,00 zł brutto.

Odpowiedź:

Wykonawca, składając ofertę na wszystkie części zamówienia, w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadanej przez Wykonawcę wiedzy i doświadczenia, może wykazać się tym samym zamówieniem w zakresie sprzątania i utrzymania w czystości pomieszczeń oraz terenu zewnętrznego (powierzchnia zewnętrzna utwardzona oraz pielęgnacja i utrzymanie terenów zieleni) o wartości 2 000 000,00 zł brutto dla każdej części zamówienia.

Odpowiedź na pytanie nie stanowi zmiany SIWZ.

Pytanie nr 2:

Zamawiający we wzorcu umowy określa sposób regulowania płatności za wykonaną usługę na podstawie wystawionej przez Wykonawcę faktury VAT. 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:

1. 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.).

2. Faktury elektroniczne będą Zamawiającemu wysyłane na adres e-mail:

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

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

Odpowiedź:

Zamawiający akceptuje wystawianie i dostarczanie w formie elektronicznej, w formacie PDF, faktur, faktur korygujących oraz duplikatów faktur, stosownie do zapisów § 9 ust. 13 Istotnych postanowień umowy, stanowiących załącznik nr 3 do SIWZ.

Odpowiedź na pytanie nie stanowi zmiany SIWZ.

Pytanie nr 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 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 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 obniżenie o 50% wysokości kar umownych.

Uprzywilejowana pozycja zamawiającego sprawia, że w przypadku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie istnieje równowaga stron postępowania. KIO stoi na stanowisku, iż w odniesieniu do zamówień publicznych zasada swobody umów i równości stron stosunku zobowiązaniowego (art. 353¹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz.U. z 2018 r. poz. 1025 i 1104), zwanej dalej kc) podlega modyfikacji i specyficznemu ograniczeniu. Nierówność stron umowy w sprawie zamówienia

publicznego wynika wprost z przepisów ustawy, które zastrzegają określone uprawnienia dla zamawiającego (np. wyrok KIO 283/14).

Na gruncie ustawy dopuszczalna jest sytuacja, w której zamawiający przygotowując umowę o zamówienie publiczne przerzuci znaczną część ryzyka kontraktowego na wykonawcę. Zabezpieczenie interesów wykonawcy ma gwarantować możliwość wkalkulowania w cenę ofertową ciężaru narzuconych na niego zobowiązań i wynikającego z nich ryzyka. Takie stanowisko zajął m.in. Sąd Okręgowy we Wrocławiu, który w wyroku o sygn. akt X Ga 67/08 uznał, iż błędem jest utożsamianie podziału ryzyk z naruszeniem zasady równości stron stosunku zobowiązaniowego. Dodatkowo, KIO orzekła, że wszyscy wykonawcy, którzy mogą się ubiegać o konkretne zamówienie znajdują się w takiej samej sytuacji i dlatego nie można twierdzić, że postanowienia umowy – takie same dla wszystkich – mogą ich dyskryminować (np. wyrok KIO 283/14). W wyroku z dnia 29 stycznia 2014 r., KIO 69/14, Krajowa Izba Odwoławcza odnosząc się do ograniczenia zasady swobody umów oraz wysokości kar umownych w umowie w sprawie zamówienia publicznego stwierdziła, że „Zasada równości stron stosunku zobowiązaniowego podlega modyfikacji i specyficznemu ograniczeniu zasady swobody umów (art. 353¹ k.c.), a pewna nierówność stron umowy w sprawie zamówienia publicznego wynika wprost z przepisów ustawy zawierającej instrumenty prawne zastrzeżone wyłącznie na korzyść zamawiającego. Zamawiający działa w interesie publicznym, w celu zaspokojenia potrzeb publicznych i ryzyko niepowodzenia zamierzonego celu prowadzi do niezaspokojenia uzasadnionych potrzeb szerszej zbiorowości. Zatem, ryzyko zamawiającego przewyższa normalne ryzyko związane z prowadzeniem działalności gospodarczej, które występuje, gdy umowę zawierają dwaj przedsiębiorcy (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 czerwca 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1189/10).

Zgodnie z orzecznictwem KIO na gruncie ustawy, kara umowna ma szczególne znaczenie. Bardzo istotna jest funkcja prewencyjno - wychowawcza, z punktu widzenia której, kara umowna ma stanowić zaporę dla dokonywania naruszeń, a skuteczną barierą będzie wtedy, kiedy jej dolegliwość będzie miała znaczenie, w sensie finansowym, dla wykonawcy.

Ponadto należy zauważyć, że zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy, Zamawiający zobowiązany jest określić istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego, ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli Zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę na takich warunkach. Zatem to do Zamawiającego należy określenie warunków umowy. W ocenie Izby, Zamawiający ma prawo użyć dozwolonych przepisami prawa środków zabezpieczających interes Zamawiającego, bowiem opóźnienia w realizacji zamówienia, niewykonanie umowy lub jej nienależyte wykonanie mogą skutkować dla Zamawiającego poważnymi konsekwencjami.

Zachwianie równości stron stosunku cywilnoprawnego w rozumieniu art. 353¹ k.c. poprzez naruszenie zasady swobody umów nie powoduje samoistnie naruszenia zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1), jeżeli nie dochodzi do różnicowania sytuacji danego wykonawcy na skutek naruszenia tych zasad. O naruszeniu zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wskutek określonych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego można mówić w przypadku, gdy istnieje bezpośredni lub pośredni wpływ

na tych postanowieniach na możliwość ubiegania się wykonawcy o udzielenie zamówienia na równi z innymi wykonawcami znajdującymi się w identycznej sytuacji prawnej i faktycznej (zob. wyrok z dnia 1 marca 2014 r., KIO 360/12). W wyroku z dnia 14 lipca 2011 r., XII Ga 314/11, LEX nr 1124956, Sąd Okręgowy w Gdańsku zwrócił uwagę, że „(...) warunki umowne są identyczne dla wszystkich Wykonawców. Wykonawca dopuszczony do udziału w postępowaniu po otrzymaniu SIWZ ma możliwość zapoznania się z nimi i zdecydowania, czy tak ukształtowany stosunek zobowiązaniowy mu odpowiada i czy chce złożyć ofertę. (...) o ile postanowienia SIWZ nie naruszają obowiązujących przepisów (a tak jest w niniejszej sprawie), Wykonawca nie może zarzucać Zamawiającemu, że poszczególne elementy umowy mu nie odpowiadają. Zgodnie z art. 353¹ k.c. Wykonawca ma swobodę zawarcia umowy. Żaden przepis prawa nie nakłada nań obowiązku złożenia oferty w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu, ani zmuszania Zamawiającego do zawarcia umowy, której treść mu nie odpowiada. Nie może zatem kwestionować umowy wyłącznie dlatego, że uważa, iż mogłaby ona zostać sformułowana korzystniej dla Wykonawcy”. Wobec powyższego w ramach swobody umów Zamawiający może narzucić pewne postanowienia we wzorze umowy - poprzez określenie terminu realizacji zamówienia - a wykonawca może nie złożyć oferty na tak postawionych warunkach. Jednak składając ofertę musi wziąć pod uwagę rozszerzony zakres ryzyka i odpowiednio zabezpieczyć swoje interesy kalkulując cenę ofertową.”

Odpowiedź na pytanie nie stanowi zmiany SIWZ.

Pytanie nr 4:

Zwracam się z prośbą o zamieszczenie w projekcie umowy, postanowienia umożliwiającego stronom rozwiązanie umowy za 3 miesięcznym wypowiedzeniem. W przypadku umów długoterminowych zawieranych na okres 2 - 4 lat w momencie zawierania umowy strony nie są w stanie przewidzieć wszystkich okoliczności oraz czynników mogących mieć negatywny wpływ na wykonywanie zobowiązań umownych dla każdej ze stron, jak również w sposób kompleksowy i wyczerpujący uregulować procedury postępowania w takich wypadkach. Wprowadzenie możliwości rozwiązania umowy za wypowiedzeniem ma na celu stworzenie podstaw prawnych do zakończenia stosunku prawnego pomiędzy stronami, jeżeli z określonych powodów nie są one zainteresowane dalszym kontynuowaniem współpracy na dotychczasowych warunkach. Mając na względzie dynamikę życia gospodarczego, czyli pojawianie się nowych technologii wykonywania zamówień, czy też nowych środków, może po kilku latach dojść do sytuacji, gdy jedna ze stron w tym również zamawiający będzie chciał skorzystać z jednostronnego uprawnienia do zakończenia umowy przed upływem jej obowiązywania. Obowiązujące przepisy ustawy prawo zamówień publicznych nie zawierają w tym zakresie żadnych zakazów.

Odpowiedź:

Zamawiający nie wyraża zgody na zamieszczenie w projekcie umowy zapisów umożliwiających stronom rozwiązanie umowy za 3-miesięcznym okresem wypowiedzenia.

Odpowiedź na pytanie nie stanowi zmiany SIWZ.

Pytanie nr 5:

Proszę o informację, czy wskazany przez zamawiającego wymóg zatrudnienia osób na umowę o pracę oznacza, że każda roboczogodzina pracy osób wykonujących czynności

utrzymania czystości musi być wypracowana w ramach umowy o pracę i Zamawiający nie dopuszcza w tym zakresie zawarcia z takimi osobami umów cywilnoprawnych.

Odpowiedź:

Tak, Zamawiający wymaga, aby każda roboczogodzina pracy osób wykonujących czynności związane ze sprzątniem i utrzymaniem czystości w obiektach urzędu MON musi być wypracowana w ramach umowy o pracę.

Odpowiedź na pytanie nie stanowi zmiany SIWZ.

Pytanie nr 6:

Jeśli Zamawiający dopuści możliwość zatrudnienia powyżej pełnego etatu pracowników pracujących na podstawie umowy cywilnoprawnej czy przewiduje waloryzację minimalnej stawki godzinowej na podstawie art. 142 ust. 5 pkt 2 PZP ?

Odpowiedź:

Zgodnie z treścią odpowiedzi na pytanie nr 5 Zamawiający nie dopuszcza możliwości świadczenia usług sprzątnia i utrzymania czystości w obiektach urzędu MON przez osoby zatrudnione na podstawie umów cywilnoprawnych, jednakże, stosownie do zapisów § 14 ust. 3 pkt 1 Istotnych postanowień umowy, stanowiących załącznik nr 3 do SIWZ, Zamawiający przewiduje możliwość dokonania zmiany postanowień umowy w przypadku zmiany wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3 – 5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 847).

Odpowiedź na pytanie nie stanowi zmiany SIWZ.

Pytanie nr 7:

Czy każda godzina wypracowana w Ministerstwie Obrony Narodowej musi być na umowę o pracę, czy też wystarczającym będzie, że pracownik ma pełen etat u Wykonawcy nie zależnie od miejsca pracy w tym częściowo u Zamawiającego.

Odpowiedź:

Tak jak w odpowiedzi na pytanie nr 5.

Ponadto, stosownie do zapisów rozdziału I pkt 3 Minimalnych wymagań Zamawiającego, stanowiących załącznik nr 7 do SIWZ, *każda z osób bezpośrednio wykonująca usługi będące przedmiotem zamówienia (personel sprzątnący) powinna świadczyć je na podstawie umowy o pracę przez osiem godzin dziennie w godzinach ustalonych w pkt. 6, z wyłączeniem zatrudnionych przez Wykonawcę osób niepełnosprawnych, w przypadku których czas świadczenia pracy powinien być zgodny z deklaracją złożoną przez Wykonawcę w Formularzu ofertowym.*

Odpowiedź na pytanie nie stanowi zmiany SIWZ.

Pytanie nr 8:

W związku z faktem, że Zamawiający w prowadzonym przez siebie postępowaniu będzie badał cenę każdej oferty przez pryzmat zawarcia w niej kosztów uwzględniających co najmniej minimalne wynagrodzenie za pracę, proszę o udzielenie odpowiedzi, w jaki sposób Zamawiający weryfikował będzie, czy wspomniane minimalne wynagrodzenie nie będą – w celu obejścia obowiązujących przepisów – pomniejszane przez wykonawców o koszty korzystania przez pracowników ze sprzętu lub wyposażenia niezbędnego do wykonania usługi albo inne koszty, np. koszty szkoleń? Pytanie motywowane jest

faktem, iż w związku ze zmianami legislacyjnymi w zakresie minimalnego wynagrodzenia za pracę, obecnie wszystkie Oddziały ZUS mają obowiązek badania sposobu wynagradzania personelu, zatrudnionego przez przedsiębiorców do świadczenia usług. Za praktyki naganne, zagrożone sankcjami, ZUS uznaje m.in. pomniejszanie minimalnego wynagrodzenia/minimalnej stawki godzinowej personelu o różne koszty dodatkowe, w tym koszty korzystania ze sprzętu, wyposażenia niezbędnego do wykonania usługi lub koszty szkoleń. Weryfikacja powyższych praktyk może także następować poprzez bezpośrednie zwracanie się ZUS do Zamawiających – jako Zleceniodawców, wydatkujących środki publiczne, o udzielenie informacji w zakresie sposobu świadczenia usług na ich rzecz.

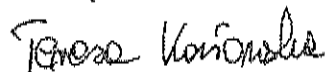
Odpowiedź:

Zamawiający w Rozdziale III.5 SIWZ oraz w § 16 Istotnych postanowień umowy, stanowiących załącznik nr 3 do SIWZ, opisał przysługujące mu uprawnienia w zakresie czynności kontrolnych wobec Wykonawcy odnośnie spełniania przez niego wymogu zatrudniania na podstawie umowy o pracę osób wykonujących czynności związane ze sprzątniem i utrzymaniem czystości w obiektach urzędu MON. Należy przy tym podkreślić, że to Wykonawca, jako pracodawca, ponosi odpowiedzialność za formę, wymiar zatrudnienia, wynagrodzenie pracowników oraz sposób rozliczenia z pracownikami, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa oraz wymaganiami Zamawiającego, które zostały określone w SIWZ.

Termin składania ofert, tj. 4 grudnia 2018 r. o godz. 11:00 nie ulega zmianie. Otwarcie ofert odbędzie się w dniu 4 grudnia 2018 r. o godz. 12:00.

Z poważaniem,

ZASTĘPCA DYREKTORA



Teresa KOZŁOWSKA